



Centro universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais – FAJS
Curso de Direito - CD

RENAN VELOSO SOARES

A DESCriminalIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL

BRASÍLIA

2014

RENAN VELOSO SOARES

A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL

Monografia apresentada como requisito
para a conclusão do curso de
bacharelado em Direito do Centro
Universitário de Brasília

Orientador: Professor José Carlos Veloso
Filho

BRASÍLIA

2014

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiramente a Deus, que me motivou e me deu forças para vencer cada batalha na minha vida, a minha futura esposa Camila Tolentino Marrocos que esteve comigo em todos os momentos desta importante conquista, aos meus familiares que sempre me apoiaram e aos meus amigos Rodolfo e Débora que me deram todo o suporte necessário para me tornar um grande profissional e por fim agradeço ao meu orientador que foi o grande responsável na realização desde sonho conquistável.

RESUMO

O grande objetivo do trabalho em tela é realizar uma análise sobre a possibilidade da descriminalização do aborto no Brasil, analisando os principais pontos que abarcam essa polêmica discussão que se arrasta durante décadas.

Para isso é necessário antes de adentrar exatamente no tema do aborto, analisar o que esta relacionado com o presente tema, qual seja, a VIDA como um todo, analisar o conceito de vida, os valores sagrados e intrínsecos que ela apresenta bem como demonstrar os princípios que a Carta Magna de 1988 prevê em seu art. 5º, que trata sobre os direitos fundamentais, para começar a buscar fundamentos para discutir sobre a possibilidade de se adicionar em nosso ordenamento jurídico a descriminalização do aborto.

Não obstante, o trabalho em comento apresenta o conceito de aborto, além de suas previsões consideradas delituosas pelo Código penal, bem como aquelas condutas em que o legislador aplica a excludente de ilicitude, examinando, contudo, cada espécie de aborto já previsto em nossa legislação penal.

Destarte, o terceiro capítulo deste trabalho acadêmico destina-se a realizar uma análise de um emblemático caso norte-americano na qual produz seus efeitos até os dias atuais, tornando um grande precedente para o ordenamento jurídico americano na qual teve seu julgamento realizado no ano de 1973, na qual decidiu-se pela permissão do aborto, desde que respeitadas alguns limites. Os fundamentos que levaram a esta decisão, juntamente com a análise feita no decorrer do trabalho, permitiram que se concluísse a respeito da aplicação da descriminalização do aborto no Brasil, realizando uma análise a luz da filosofia e do ordenamento jurídico que trata nossa constituição, através de seus princípios fundamentais, tidos como cláusulas pétreas.

PALAVRAS CHAVES: Vida. Valor Intrínseco. Interrupção da gravidez. Dignidade da Pessoa Humana.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	05
1 O VALOR DA VIDA A PARTIR DE RONALD DWORKIN.....	07
1.1 O significado de vida;.....	07
1.2 Valor intrínseco da vida;.....	07
1.3 Direito constitucional à vida;.....	13
2 O ABORTO E SUAS FORMAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	16
2.1 Conceito e classificação de aborto;.....	16
2.2 Aspectos históricos do aborto;.....	17
2.3 A legislação e sua tipificação legal;.....	21
2.4 Espécies de aborto do direito brasileiro;.....	26
2.4.1 <u>Aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento;</u>	27
2.4.2 <u>Aborto provocado sem o consentimento da gestante;</u>	27
2.4.3. <u>Aborto provocado com o consentimento da gestante;</u>	28
2.4.4. <u>Aborto qualificado;</u>	28
2.5. Excluentes especiais da ilicitude;.....	30
2.5.1. <u>Aborto necessário ou terapêutico;</u>	31
2.5.2. <u>Aborto Sentimental, Humanitário ou Ético;</u>	32
2.5.3. <u>Aborto Necessário ou Humanitário praticado por Enfermeira;</u>	34
3. A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO.....	36
3.1 O caso Roe X Wade.....	36
3.2 Argumentos usados pela Corte Americana.....	37
3.3 Análise da descriminalização do aborto no Brasil a partir da decisão Roe x Wade.....	39
CONCLUSÃO.....	49
REFERÊNCIAS.....	51

INTRODUÇÃO

O principal objetivo do presente trabalho acadêmico é apurar a questão da descriminalização do aborto no Brasil buscando uma comparação com o sistema norte americano, na qual permite a prática realizada pela gestante desde 1973.

O tema é bastante emblemático e envolve vários valores atribuídos à palavra vida e a sua importância no meio social, pois se tem como uma primeira ideia que a vida tem em si um valor intrínseco, ou seja, seria algo que não poderia ser violado sob a pena de estar agindo moralmente contra os princípios que a sociedade prega, o que iremos tratar de forma sistêmica.

Ainda é necessário tratar para se buscar compreender as questões atinentes ao aborto, o valor constitucional que tutela a vida humana, ou seja, princípios de direitos fundamentais que o legislador pensou e tutelou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, tendo como o principal, o princípio da dignidade humana.

Abarca um breve contexto histórico, bem como o conceito de aborto, sua evolução até começar ser considerado objeto de estudo no campo jurídico, mostrando o que a legislação brasileira considera como aborto, quais as espécies existentes, as condutas tipificadas como crime, bem como as hipóteses em que o aborto seria permitido.

Para uma parte da doutrina que entende que a gestante tem o direito de dispor de seu próprio corpo, veremos que existe um contraditório com a questão intrínseca que abarca a vida, pois o que deveria prevalecer para o mundo jurídico, o simples fato de a mulher ter o direito a privacidade para decidir sobre a continuidade ou não de sua gravidez ou o fato de reconhecer que o embrião é um ser humano com direitos desde sua concepção e que seria moralmente condenável deixar de reconhecer que sua vida é inviolável, deixar de reconhecer que o feto é um ser humano em formação.

Analisa o direito à vida sob o aspecto constitucional que envolve os modelos americano e brasileiro, sendo que no sistema norte-americano, as fundamentações

jurídicas são moldadas em um sistema de *common law*, baseados em sua cultura, já no sistema brasileiro, o modelo de constitucionalidade representado é da civil law, onde as decisões e entendimentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal, pautam-se no sentido de seguir a legislação prevista.

Este pensamento da qual faz parte da maioria da doutrina, defensores dos direitos e princípios fundamentais, as normas e modelos jurídicos que autorizam a prática por lei, defendem que a prática do aborto seria algo bem incoerente.

No presente trabalho, abordaremos o que o legislador brasileiro entende como crime de aborto, e qual a conduta que isenta de pena a gestante ou terceiro quando realizado a prática abortiva. Para alguns, esta conduta seria uma forma de homicídio contra um ser humano indefeso, tendo em vista que o direito brasileiro já reconheceu em sua Carta Magna de 1988, bem como no Código Civil, que o nascituro já é detentor de direitos e assim, tem direito ao primeiro princípio constitucional adquirido desde sua concepção, o direito a vida.

Hoje em dia, observa-se que a pena imposta a gestante que realiza o auto-aborto vem se tornando cada vez menos rigorosa ou até mesmo atenuadas, entretanto, nessa contramão, o legislador vem prevendo cada vez mais complexas e pesadas quando o delito é cometido por terceiros.

Por meio deste trabalho, verificaremos que tratar sobre a descriminalização do aborto, se baseia taticamente em analisar a vontade da mulher, salvo nos casos permitidos, que deseja pela não continuação de sua gravidez, fundamento esse usado pela Suprema Corte Americana, o que, para a realidade em que estamos, a cultura ética e moral da sociedade não recebe muito bem, pois prefere reconhecer o valor que tem no direito a vida.

Portanto, o trabalho em tela busca conceituar o que viria a ser o aborto, explicar sua tipificação legal e seu histórico desde quando passou a ser estudado como um ramo do campo jurídico. Além do mais, abarca os conceitos e princípios ligados a questão da Vida Humana, como por exemplo, seus valores intrínsecos, além de sua aplicação a luz da Constituição Federal de 1988.

1. O VALOR DA VIDA A PARTIR DE RONALD DWORKIN

Quando paramos para pensar sobre os aspectos que norteiam as discussões a respeito do aborto, seja ele da maneira que for praticada em suas várias formas, muitos refletem se o que está em jogo é o direito do feto humano em nascer com vida, em razão de este adquirir direitos desde o início de sua concepção.

Porém, para muitos o aborto é condenável por ser uma ampla violação ao valor da vida, pois para os religiosos em sua maioria e até mesmo aqueles que não têm uma religião definida, acreditam que uma vida contém um aspecto absoluto, e, por isso, não poderia ser violada prematuramente pelo motivo de ser uma criação Divina, razão pela qual a vida de um embrião, segundo a ciência, começa no momento em que o óvulo é fecundado, com a nidação.

Ademais, Ronald Dworkin nos traz que a vida é inviolável por conter um valor intrínseco, onde qualquer vida humana em todas as suas formas, inclusive o feto é algo que deveríamos respeitar, reverenciar e proteger simplesmente pelo fato da vida ser maravilhosa em si mesma, daí temos que surge um pensamento moralmente problemático em relação ao aborto¹.

Portanto, o valor da vida se apresenta como uma espécie de valor moral, que torna a prática do aborto moralmente condenável em virtude do feto já ter dado início a uma vida humana, e interrompê-la seria algo que frustraria profundamente as perspectivas dessa vida para outras pessoas, além do próprio direito do feto em se desenvolver e dar continuidade ao seu ciclo de vida normal.

1.1 O Significado da Vida

Vida significa existência. Do latim “vita”, que se refere à vida. É o estado de atividade incessante comum aos seres organizados. É o período que decorre entre o

¹DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: Aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 101.

nascimento e a morte. Por extensão vida é o tempo de existência ou funcionamento de alguma coisa.²

José Afonso da Silva conceitua vida da seguinte maneira:

“Vida, no texto constitucional (art. 5º, *caput*), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida.”³

Nesse compasso, temos que a vida também significa alimento ou necessidade pela vida, ou seja, a vida se dá como existente desde a sua origem, assim como as plantas e animais ou qualquer espécie de vida que se tem existente ou que se formará a partir de sua concepção. Assim, podemos sustentar que o embrião tem vida desde sua concepção, pois sua formação ocorre a partir de uma multiplicação de células que dão forma a órgãos, transformando-se em um recém-nascido, desenvolvendo-se até a morte, adulta ou não, células essas que se movimentam incessantemente até a morte, quando a “máquina” biológica da vida para de funcionar.

Com isso não podemos simplesmente questionar sobre a vida de um embrião que se desenvolve em conjunto com o organismo de sua mãe, não se fazendo nenhuma afirmação de que este embrião é um ser englobado pela vida da mãe, em razão desde já ser um ser individual e único, surgindo, assim, o valor intrínseco da vida.

1.2 Valor Intrínseco da Vida

O debate acerca do aborto não está intimamente ligado à questão de se analisar sobre a condição metafísica do feto e seus direitos e interesses, pelo contrário, o que faz com que a prática do abortamento seja moralmente discutida entre partidários, religiosos e cientistas é exatamente o valor intrínseco ligado à vida humana.

² Significados.com.br .Disponível em: <<http://www.significados.com.br/vida/>>. Acesso em 30 de abril 2014

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 197.

Para Dworkin, toda forma de vida humana é intrinsicamente valorada, tem um valor sagrado, de modo que quando temos uma morte prematura, esta é intrinsicamente ruim, mesmo que não represente nada para uma pessoa. Desse modo, temos que na questão referente ao aborto, ou seja, a interrupção de uma vida humana, tanto liberais quanto conservadores têm o mesmo entendimento no sentido de que um organismo humano tem um valor intrínseco em qualquer forma que assuma, estando incluído o embrião recém-formado.⁴

Nesse sentido, temos que o valor intrínseco ligado a vida humana se pauta quando a vida tem um valor independente daquilo que as pessoas apreciam, desejam, necessitam ou são bons para elas. Dworkin realiza um comparativo com alguns objetos para tentar explicar, ou seja, assim como certos objetos, obras de arte valiosas, que se lesadas equiparam-se a um crime, um absurdo ou até mesmo uma espécie de animais que corre risco de extinção, que muitas vezes nem mesmo conhecemos, no entanto, julgamos em nossos seres que é um pecado capital uma afronta se permitíssemos que tudo isso simplesmente deixassem de existir, pois tudo tem um valor em si mesmo que nos condiciona a preservá-las.⁵

O aspecto sagrado ligado ao valor intrínseco da vida se mostra pelo fato de algo sagrado ser intrinsecamente valioso, ou seja, é inviolável apenas pelo que representa ou incorpora, de modo, que, não é mais importante que tenhamos mais pessoas existentes, e sim o sentido de que, uma vez iniciada uma vida humana, é de extrema importância que ela floresça e não se perca. Portanto, o sagrado ou inviolável está ligado à destruição deliberada na qual desagua em desonra o que deve ser honrado, surgindo assim o valor moral que começa a criar a personalidade de um ser humano.⁶

O aborto não deixa, em regra, de desrespeitar o valor intrínseco que contém uma vida humana, seja em qualquer estágio dessa vida. Porém há um problema que deve ser enfrentado, o fato de que outra questão deixa de respeitá-lo? Dworkin nos traz dois questionamentos pertinentes com a realidade brasileira, um médico demonstra respeito pela vida humana quando permite que uma mãe morra para salvar seu bebê? Em gestações decorrentes de violação sexual, o que deve ser

⁴ Dworkin, Ronald. **Domínio da vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 96.

⁵ Dworkin, Ronald. **Domínio da vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 99

⁶ Dworkin, Ronald. **Domínio da vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 103

analisado como respeito a vida sobre ser ou não uma “afronta” ao valor intrínseco realizar o aborto? Nesses dois casos, temos uma grande polêmica pois a legislação brasileira no código penal já prevê como causas de exceções ao crime de aborto, no entanto, podem ser objeto de reflexão sobre o aspecto moral dessas medidas.⁷

Para demonstrar melhor a ideia sagrada que contém a vida humana, Dworkin acredita que a essência da sacralidade da vida se encontra no valor que atribuímos a um processo ou um projeto, independentemente de como seu resultado foi alcançado, volta a trazer o exemplo de que a destruição deliberada de uma obra de arte aterroriza não apenas pela perda da obra, mas porque todo o processo que reuniu os elementos para o término daquela obra também foram destruídos, algo que tem um valor, uma consideração muito importante para muitas pessoas que valoram essas obras.⁸

Para muitos, o homem é produto da criação de Deus, ou uma criação da própria natureza, no entendimento daqueles que não são religiosos. Desse modo, o referido autor nos mostra que a destruição deliberada de uma forma de vida humana, ainda que seja um embrião recém-formado, seria um erro, uma profanação da inviolabilidade da vida. Para ele, a ideia de santidade da vida humana em seu aspecto individual é uma junção de duas bases do sagrado que se combinam e confluem: a criação humana e a criação natural, pois a criação, para Dworkin, é o produto dos investimentos feitos naquilo que é sagrado, ou seja, uma criança é um conjunto de investimento do natural, uma criatura criada por Deus ou pela própria natureza. Já o investimento humano, ocorre quando o filho adveio de uma gestação planejada de seus pais, estando aí, caracterizada a criação humana.⁹, se não vejamos o entendimento do autor:

“Seja qual for sua forma ou configuração, a vida de um único organismo humano exige respeito e proteção devido ao complexo investimento criativo que representa e a nosso assombro diante dos processos divinos ou evolutivos que geram novas vidas a partir das que as antecederam, diante dos processos de uma nação, comunidade ou língua através dos quais um ser humano irá absorver e dar continuidade a centenas de gerações de culturas e formas de vida e valor, e, por último quando a vida mental iniciar-

⁷ Dworkin, Ronald. **Domínio da vida**: Aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 112

⁸ Dworkin, Ronald. **Domínio da vida**: Aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 112

⁹ Dworkin, Ronald. **Domínio da vida**: Aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 114-117

se e florescer, diante do processo interior de criação e discernimento por meio do qual uma pessoa irá fazer-se e refazer-se, um processo misterioso e inevitável do qual todos participamos e que é, portanto, a mais poderosa e inevitável fonte de empatia e comunhão que temos com cada uma das outras criaturas que se defrontam com o mesmo desafio assustador. **O horror que sentimos diante da destruição intencional de uma vida humana reflete nosso sentimento comum e inarticulado da importância intrínseca de cada uma dessas dimensões do investimento feito.**¹⁰

Seguindo este entendimento, o autor demonstra que conservadores e liberais tem o mesmo pensamento quando afirmam que a vida humana contém um valor inviolável. Trazendo isso para a discussão do aborto, na qual implica a perda de uma vida humana, tem-se que é vergonhoso e condenável. No entanto, o aborto pode, em algumas situações, ser moralmente permitido, quando não existir outra maneira de salvar a vida da gestante ou o fruto da concepção advir de uma violação sexual, segundo preconiza o Código Penal.

Para isso, Dworkin nos mostra o conceito de morte prematura, que pode significar uma tragédia, nos dando o exemplo de que, para muitos, existe uma perda de vida maior com a morte de um jovem, que já havia traçado planos e tinha toda uma vida pela frente, do que a de um velho, ou mesmo uma perda de vida maior de uma pessoa saudável que a de uma pessoa suicida, pensando que seria menos perverso matar um velho que um jovem, ou um homem solteiro do que um pai de família.¹¹

Para compreender a situação explicitada acima, temos que a concepção comum de que a perda da vida se dá na perda de possibilidades futuras, como é o caso de um jovem que tem todo um planejamento de vida traçado e um idoso que já não tem mais tantos anseios para a continuidade de sua vida, assim como é trágica devido ao que já ocorreu no passado, por exemplo, a morte de um jovem é pior do que a morte de um recém-nascido, pois a morte do jovem frustra os investimentos que ele e outras pessoas já tenham feito em sua vida, ou seja, as ambições e

¹⁰ Dworkin, Ronald. **Domínio da vida:** Aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 116-117 (grifo nosso)

¹¹ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida:** Aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

expectativas que ele teve, seus planos e projetos, o envolvimento social que já obteve com outras pessoas.¹²

Da mesma maneira que podemos considerar, seguindo este entendimento, que o aborto de um feto de uma gestação mais tardia é mais condenável do que de uma gestação em seu início. Com essa premissa, Dworkin torna compreensivo o principal argumento sobre o desperdício da vida com a ideia de frustração, que usa para descrever essa avaliação mais complexa da perda da vida que constitui uma morte trágica, nos trazendo o seguinte ensinamento¹³:

“O desperdício dos investimentos criativos naturais e humanos que constituem a história de vida normal ocorre quando essa progressão normal se vê frustrada pela morte, prematura ou não. Quão lamentável isso é, porém – o tamanho da frustração -, depende da fase da vida em que ocorrer, **pois a frustração é maior se a morte ocorrer depois que a pessoa tiver feito um investimento pessoal significativo em sua própria vida, e menor se ocorrer depois que algum investimento tiver sido substancialmente concretizado, ou, tão substancialmente concretizado quanto poderia ter sido**”.¹⁴

Portando, segundo as ideias de Dworkin, a frustração da vida pode se dar pela morte prematura, na qual destrói os investimentos naturais e pessoais previamente feitos, ou pode se dar pelas modalidades de fracasso, ou seja, por deficiências físicas ou mentais, pela pobreza, projetos maus sucedidos, que prejudiquem a oportunidade que uma pessoa tem de concretizar suas ambições ou de levar uma vida plena de realizações.¹⁵

Ademais, seguindo essa linha de raciocínio, temos que para muito, como já foi previamente comentado, a frustração da vida será mais grave se o feto morrer no início da gestação – desperdiçando o milagre de sua criação e de seu desenvolvimento -, já para outras pessoas, continuar a crescer no útero para nascer e levar uma vida breve e sem qualidade alguma provocará a maior frustração da vida, pois acrescentaria à terrível perda da criação biológica da vida, dos investimentos emocionais e pessoais que outras pessoas houvessem feito na

¹² DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: Aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹³ Dworkin, Ronald. **Domínio da vida**: Aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 122

¹⁴ Dworkin, Ronald. **Domínio da vida**: Aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 122 (grifo nosso)

¹⁵ Dworkin, Ronald. **Domínio da vida**: Aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 121

expectativa da nova vida que estava para surgir após a gestação. Na hipótese do aborto, o autor nos revela que:

“Tanto conservadores como liberais admitem que, em algumas circunstâncias, o aborto é mais grave, e talvez mais injustificável, do que em outras. De modo evidente, há consenso entre as duas partes quanto ao fato de que o aborto num fase avançada da gravidez é mais grave do que o aborto feito ainda no início desta. Não podemos explicar essa convicção comum simplesmente com base na argumentação de que os fetos parecem mais com os bebês à medida que prossegue a gravidez. **As pessoas acreditam que o aborto não é apenas emocionalmente mais difícil, mas moralmente mais condenável quanto mais tarde for praticado, e, por si só, a semelhança cada vez maior não tem importância moral.**”¹⁶

Pode-se inferir com base no que já foi abordado, que os aspectos que englobam a morte também exigem um pensamento na vida, de modo que Ronald Dworkin adiciona a vida uma importância primordial, um valor sagrado, inviolável, na qual se deve ser respeitada e tratada com o maior respeito possível, pois algo que apresente uma possível ameaça ao valor sagrado que contém a vida deve ser cuidadosamente analisada, para que se possa garantir o melhor tratamento ao valor intrínseco e inviolável que a vida contém, estando inclusive, tratada de forma impenetrável como o direito mais fundamental de todos previsto pela Carta Magna de 1988.¹⁷

1.3 O Direito Constitucional da Vida

A nossa constituição trata a vida como um direito fundamental e, assim, inviolável. Partindo desse pressuposto, a Carta Magna de 1988 traz como um dos princípios mais importantes relacionado ao conceito de vida, o princípio da dignidade da pessoa humana.

A dignidade, *do grego dignitas*, da pessoa humana no período filosófico e político do período clássico estavam ligadas com o status social do indivíduo e de

¹⁶ Dworkin, Ronald. **Domínio da vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 123 (grifo nosso)

¹⁷ Dworkin, Ronald. **Domínio da vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

seu reconhecimento pelos demais membros da comunidade, onde se acreditava na existência de pessoas mais ou menos de acordo com a sua própria posição social.¹⁸

Com o advento do Cristianismo, tornou-se quase sólida a ideia de dignidade como a própria essência ou substância da pessoa, configurada pela especial relação de Deus (por intermédio de Cristo) com a humanidade, onde se tinha o pensamento que a pessoa era uma substância individual de natureza social¹⁹.

Neste ponto, Manuel Jorge e Silva Neto mostra que a Dignidade da pessoa humana encontra-se ligada ao Cristianismo, sob a fundamentação de que está amparada no fato de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus. Definindo assim a dignidade da pessoa humana:

“A dignidade da pessoa humana é o fim supremo de todo o direito; logo expande os seus efeitos nos mais distintos domínios normativos para fundamentar toda e qualquer interpretação. É o fundamento maior do Estado brasileiro”²⁰.

Tempos depois, juntamente com as ideias de Kant, a concepção de dignidade da pessoa humana passou a ganhar um novo sentido, consistindo no pensamento de que a dignidade era fundada na autonomia da vontade e na ideia de que o homem é um fim em si mesmo, não podendo já mais ser tratado como um mero objeto²¹. Daí começou a compreender melhor o valor intrínseco colocado por Ronald Dworkin.

Com esse pensamento, a dignidade da pessoa humana passou gradativamente a ser reconhecida e tutelada pelo direito positivo, tanto em normas constitucionais como internacionais, assumindo uma condição parâmetro de legitimidade do Estado e do Direito, pensamentos esses guiados pelas ideias de Miguel Reale, Hegel e outros pensadores contemporâneos²².

Destarte, quando analisamos este preceito constitucional a luz do direito a vida, Igor Wolfgang entende que o embrião, com vida uterina é titular de direitos fundamentais, especialmente no tocante a proteção da vida. Não obstante, traz que

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Dos Direitos e Garantias Fundamentais. In: LEONEY, Léo Ferreira (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 121

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dos Direitos e Garantias Fundamentais. In: LEONEY, Léo Ferreira (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 121

²⁰ SILVA NETO, Manuel Jorge e. **Curso Básico de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2005. p. 23

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dos Direitos e Garantias Fundamentais. In: LEONEY, Léo Ferreira (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 121

²² SARLET, Ingo Wolfgang. Dos Direitos e Garantias Fundamentais. In: LEONEY, Léo Ferreira (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 121

a Alemanha reconhece o direito a vida e a dignidade humana antes mesmo do nascimento do feto, não podendo reconhecer, simultaneamente, o direito a vida como algo intrínseco ao ser humano e não dispensar a todos os seres humanos igual proteção, entendimento esse que vem sendo majoritariamente adotado pela doutrina brasileira²³.

No tocante a prática do aborto, José Afonso da Silva nos ensina que houve três tendências no seio da Constituinte. A primeira combatia o aborto, assegurando o direito à vida desde a concepção. A segunda, por sua vez, já ia de encontro a prática do aborto, pois previa que a condição de sujeito de direito se adquiria pelo nascimento com vida, sendo a vida intrauterina de responsabilidade da mulher. E uma terceira que entendia que a Constituição não deveria se manifestar sobre o assunto, nem contra e nem a favor da prática do aborto, tese esta que não vigorou, pois a princípio tende a vigorar a primeira tese, onde se inadmite o aborto²⁴.

Portanto, tudo dependerá da discussão sobre quando começa a vida, que, ao que tudo indica, já existe vida humana desde o período fetal, sendo a prática do aborto permitida apenas em algumas situações pontuais previstas pela legislação ordinária²⁵.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. Dos Direitos e Garantias Fundamentais. In: LEONEY, Léo Ferreira (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 183

²⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 203

²⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 203

2. ASPECTOS PENAIS SOBRE O ABORTO

2.1 Conceito e classificação de aborto

O aborto se origina da palavra latina *abortus*, que significa “privação do nascimento”.²⁶ Assim, podemos compreender o aborto como a privação do nascimento, desaguando na interrupção de uma gestação, consequentemente com o feto retirado a força do ventre materno.²⁷

Outro exemplo trago por Anibal Bruno nos ensina que o aborto significa a interrupção de um processo fisiológico da gravidez, acarretando na morte do embrião.²⁸ Nesse prisma, Nucci aduz que o aborto se dá com a paralisação da gestação antes de seu período biológico, restando na morte do embrião ali abrigado.²⁹ A principal evidência para a confirmação do delito encontra-se na confirmação legal da gravidez, pois, caso contrário, configurará crime impossível.³⁰

O crime consiste na paralisação/interrupção da gestação, ou seja, na interrupção do desenvolvimento do embrião, na qual tem início na copulação do ato sexual se estendendo até o nascimento, ou seja, tal processo vai da fecundação do óvulo até o trabalho de parto, se sujeitando em algumas etapas, se não vejamos:

“coito ou fecundação externa; conjunção nas vias genitais femininas (útero e trompas) de um espermatozoide com um óvulo maduro e fecundável (fecundação interna); fixação do óvulo fecundado na mucosa uterina já preparada para recebê-lo (alinhamento); segmentação e desenvolvimento do ovo aninhado até a maturidade do produto da concepção (gravidez); expulsão do feto a termo (parto).”³¹

O saudoso Warley Rodrigues Belo realiza a classificação do aborto nas modalidades: natural, acidental, criminoso, terapêutico, humanitário/sentimental, estético, eugênico e social/econômico, não sendo punível o aborto natural e acidental.³²

²⁶ BELO, Warley Rodrigues. **Aborto considerações jurídicas e aspectos correlatos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 19.

²⁷ BELO, Warley Rodrigues. **Aborto considerações jurídicas e aspectos correlatos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 19.

²⁸ BRUNO, Anibal. **Crimes contra a pessoa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1976. p. 160.

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 7. ed. rev. atual e ampl. 2. Tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 566.

³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 7. ed. rev. atual e ampl. 2. Tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 567.

³¹ BELO, Warley Rodrigues. **Aborto considerações jurídicas e aspectos correlatos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, P. 19 - 20.

³² BELO, Warley Rodrigues. **Aborto considerações jurídicas e aspectos correlatos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 20.

No caso do aborto natural, podemos compreender este como a interrupção espontânea da gestação, decorrente de fatos patológicos. Porém, no tocante ao aborto accidental, essa interrupção se dá por meios de traumas sofridos no curso da gravidez, provocado, então por interrupção involuntária pelo meio externo, como uma pancada, queda ou outro incidente.³³

No tocante a figura do aborto criminoso, compreende-se este como a interrupção voluntária pela gestante ocasionando o falecimento do embrião. Já na figura do aborto permitido/legal, podemos entender como a cessação da gravidez com a morte do embrião, previsto pela legislação, se subdividindo nas hipóteses de aborto terapêutico/necessário, realizado por intervenção médica, com o objetivo de resguardar a vida da progenitora; no caso do aborto sentimental, ocorre em virtude de autorização legal, interrompendo a gravidez nas hipóteses em que a mulher é vítima de estupro. Neste ponto, o Código Penal resolveu tutelar a dignidade da progenitora, vítima de crime que ferem a honra sexual, na qual ocasiona graves problemas psicológicos, afetando o presente e a qualidade de vida da gestante, ferindo em ampla escala o princípio da dignidade humana.³⁴

Desse modo, é senhor destacar que, no caso do aborto eugênico, onde se interrompe a gestação, acarretando na morte do embrião para evitar o nascimento do feto com sérios defeitos genéticos. A figura do aborto econômico-social se realiza em função de aspectos econômicos, ou seja, no caso em comento, a gestante não possui meios para prover a subsistência de seu filho, não recebendo proventos do Estado.³⁵

2.2. Aspectos históricos do aborto

No tocante aos aspectos históricos, a figura do aborto, a princípio não era conhecida como uma forma de delito. O feto era considerado como parte integrante do corpo de sua progenitora, e, por conseguinte, o critério de decidir sobre a continuidade da gestação era da gestante. No entanto era proibida a injeção de

³³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 566.

³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 566 - 567.

³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 567.

elementos que levem ao aborto, ou seja, que induzem o aborto, em virtude do eminente risco a vida da gestante.³⁶

O aborto passou a ser considerado como delito com a criação do código de Hamurabi (1728- 1686 a. C), quando se era exigido ao sujeito ativo o pagamento de pecúnia, considerando a qualidade da gestante. Neste período o aborto incorria em um crime não contra o embrião, mas sim em face do genitor ou do marido, acarretando, ainda, lesão ao corpo da mulher.³⁷

Quando paramos para analisar as mulheres da Greco-romanas, percebe-se que estas eram impedidas de se livrarem do feto em razão de não terem direitos de decidir sobre à sua gestação. Neste caso, esse poder sobre a gestação era exercido pelo pai ou marido, somente na ausência destes, o Estado assumia este “domínio” da gestação. Contudo, segundo o autor, este poder de tutela ainda podia ser estendido aos bens, quando de uma reparação civil para a mulher em si e seus filhos, contando, inclusive, o tempo que estiveram no ventre. A partir dessas regras, vê-se que o papel da esposa era bastante controlado, prevendo a Lei de Mileto a morte para as mulheres que cometiam o delito sem o consentimento de seus maridos. Tais leis, não eram aplicadas às escravas e estrangeiras, pois neste época os filhos eram tidos como bens que pertenciam a posse de seus pais.³⁸

As parteiras eram incentivadas por Hipócrates com relação aos métodos anticoncepcionais, de como deveriam proceder para efetuarem o aborto. Garantia, inclusive, que nenhum medicamento era aplicado visando provocar o aborto na gestante.³⁹

Para Sócrates, este pensava no aborto de maneira positiva, quando for praticado por livre desejo da mulher grávida. Já Platão em sua obra “A Republica”, defende que a prática abortiva deveria ser obrigatória para as mulheres que tivessem idade acima dos quarenta anos, para que se pudesse realizar um controle de natalidade.⁴⁰

³⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial- artigos 121 a 249**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.114.

³⁷ BELO, Warley Rodrigues. **Aborto considerações jurídicas e aspectos correlatos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 21.

³⁸ BELO, Warley Rodrigues. **Aborto considerações jurídicas e aspectos correlatos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 22.

³⁹ BELO, Warley Rodrigues. **Aborto considerações jurídicas e aspectos correlatos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 22.

⁴⁰ BELO, Warley Rodrigues. **Aborto considerações jurídicas e aspectos correlatos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 23.

O pensamento de Aristóteles por sua vez, defendia o cabimento do aborto com o fim de medir apenas o controle do numero da população, ou seja, usava a figura do aborto como uma forma de controle de natalidade. O aborto, no entanto, deveria ser realizado antes da animação do feto, ou bem no início da gravidez, quando não há, em tese, capacidade de sentimento pelo embrião.⁴¹

No direito Romano, a morte, a princípio não era regulamentada pelos membros que compunham as câmaras, pois o embrião concebido não era tido como titular de direito a vida e sim como parte integrante do corpo materno, podendo esta, dispor livremente de seu corpo, o que explica o grande numero de abortos que foram cometidos nesta época.⁴²

Na época do imperador Septimius Severus (193-211), a figura abortiva se transformou em uma lesão ao direito paterno, se tornando um ferimento ao direito de paterno, que por sua vez, ficavam submetidos a pena de vantagem ou lucro, tirando como principal fundamento, a frustração pelo pai em ter um descendente. Neste período, o aborto cometido pelas mães era penalizado com o exílio e, se fosse realizado por terceiro, a pena era ainda mais gravosa, além da pena de exílio, caso houvesse aferimento de lucro, o delito era punido com a pena de morte para a gestante e para o terceiro que realizou a conduta.⁴³

Com a chegada do Cristianismo, a reprovação do aborto era pensamento dominante, chegando a reformular o direito nos governos dos imperadores Adriano, Constantino e Teodósio. Nesse passo, a prática do aborto começou a ser analisado como sendo a perda de uma vida humana, deixando de lado o pensamento que até então vigorava de que o embrião era parte do organismo materno, sendo, inclusive, comparado ao crime de homicídio.⁴⁴

As mesmas penas eram aplicadas aqueles que desse efeito ao aborto, sendo, inclusive, excomungado da igreja. Naquela época, as penas eram físicas e espirituais, tendo a igreja seu entendimento seguido pelos pensadores mais

⁴¹ BELO, Warley Rodrigues. **Aborto considerações jurídicas e aspectos correlatos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 23.

⁴² PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial- artigos 121 a 249**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 114.

⁴³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial- artigos 121 a 249**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.114.

⁴⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial- artigos 121 a 249**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 114.

conhecidos como Clemente de Alexandria, Antenágoras, Tertuliano, Ovídio e outros, no tocante a comparação realizada entre os crimes de aborto e homicídio.⁴⁵

Os Germânicos compreendia o aborto de uma maneira bem mais primitiva, pois acreditavam que o aborto que era praticado por um terceiro se enquadraria na hipótese de lesão patrimonial apenas. Assim, a concepção era superada pelo pensamento cristão, na qual equiparava o aborto à figura do homicídio, quando o feto era saudável.⁴⁶

Para os grandes teólogos que viviam na Idade Média, havia uma grande divergência sobre se o aborto seria ou não uma ação delituosa. Santo Agostinho defendia que para se configurar o crime de aborto, este teria que ocorrer em face de embriões saudáveis e com pelo menos quarenta e oito dias de sua concepção. Já no pensamento contrário, estava São Basílio (374 d. c), que acreditava que a consumação do crime ocorria assim que fosse provocado, não importante a duração de amadurecimento do feto.⁴⁷

Para o Direito Canônico, que sempre se portou contra a prática do aborto, pois compreendia que a conduta acarretava na perda de um recém-nascido, ocasionando a morte antes mesmo de seu batismo. Porém, a depender do motivo, eram algumas vezes possíveis tornar lícito o aborto, mesmo o feto já sendo inanimado. No ano de 1869, a distinção entre feto animado e inanimado foi extinta pelo Papa Pio IX, prevendo as mesmas penas delitivas para qualquer caso.⁴⁸

A Constitutio Criminalis Carolina (1530) previa com pena a morte para o terceiro que, caso tenha cometido o crime terceiros que provocasse o aborto por meio da espada e com relação a modalidade do auto aborto, previa morte por afogamento da gestante.⁴⁹

Com os pensamentos Iluministas, deixou-se de lado a equiparação entre os crimes de aborto e homicídio. Dessa maneira, as penas impostas pela prática do aborto eram reduzidas quando fosse praticado pela própria gestante, estando presente o motivo da honra. Tal pensamento, também defendido no livro de Cesare

⁴⁵ BELO, Warley Rodrigues. **Aborto considerações jurídicas e aspectos correlatos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 23- 24.

⁴⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial-** artigos 121 a 249. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 115.

⁴⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial-** artigos 121 a 249. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 115.

⁴⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial-** artigos 121 a 249. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 115.

⁴⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial-** artigos 121 a 249. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 115.

Beccaria (1738 – 1794) e na Revolução Francesa com a sua “Declaração dos Direitos Humanos”, repercutiu na construção das legislações modernas.⁵⁰

Esse pensamento repercutiu de modo isolado na Rússia e Uruguai, em virtude da total descriminalização pelo aborto. No entanto, os pensamentos das legislações modernas inclinam-se no sentido de atenuar a forma abortiva quando praticada apenas pela gestante e uma penalidade mais gravosa para terceiro que causarem o aborto na gestante.⁵¹

Mesmo com a pacificação de que o aborto provocado pela gestante ou por terceiro, ou seja, hoje, considerado conduta criminosa, existem correntes que defendem a descriminalização total do aborto, este pensamento se dá, com os mesmo argumentos defendidos na Roma antiga, ou seja, o embrião, seria parte integrante da gestante, tendo em vista que a pena não evitaria novos abortos, além de ser uma maneira de salvar a vida da gestante que opta por realizar o aborto em clínicas clandestinas.⁵² Este pensamento, porém nos remete a um regresso histórico sobre o pensamento da violação ao valor da vida, tendo em vista que esta é considerada como algo intrínseco e que não poderia, em tese, ser alterado, ou seja, como a vida é algo divino, não caberia a mulher dispor sobre uma vida humana que teria tantas realizações e planos futuros.

2.3. A Legislação e sua tipificação legal

Na época do Império Brasileiro no ano de 1830, o ordenamento jurídico contava com o chamado Código Penal do Império, na qual não previa a prática abortiva pela gestante, ou seja, o delito era poderia ser praticado apenas por terceiro, realizando com ou sem o consentimento da mulher. Nesse prisma, tem-se que naquela época, o ato de oferecer meios para a realização do aborto, também era punida pelo delito, mesmo não se não fosse o aborto concretizado, ou seja, previa também a tentativa do crime de aborto por terceiros.⁵³

⁵⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial- artigos 121 a 249.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 115.

⁵¹ BELO, Warley Rodrigues. **Aborto considerações jurídicas e aspectos correlatos.** Belo Horizonte: Del Rey, 1999, P. 25.

⁵² PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial- artigos 121 a 249.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 116.

⁵³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial- artigos 121 a 249.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 115.

Nesse prisma, é senhor afirmar que o Código Criminal do Império previa como crime o aborto consentido e o aborto sofrido, excluindo a forma do auto aborto, punindo apenas os terceiros, sendo a pena agravada se o terceiro fosse médico ou cirurgião.⁵⁴

O legislador brasileiro de 1890 fez constar a forma do auto-aborto como conduta delitiva, trazendo uma diferenciação para o aborto, ou seja, quando o feto era ou não expulso, sendo que, quando ocorresse a expulsão, a pena seria mais gravosa, sendo ainda mais duro o legislador, se a conduta ocasionasse a morte da gestante, a pena por sua vez, seria abatida, porém ainda era um delito, caso o ilícito fosse cometido para proteger a honra da gestante. No entanto, ainda nesta linha de raciocínio, verifica-se que o legislador mesmo nessa época previa uma conduta legal para o aborto, qual seja, se a prática fosse necessária para salvar a vida da gestante.

Assim, o auto aborto foi entendido como crime, sendo a pena atenuada caso o crime tivesse a finalidade de esconder a desonra da gestante. Mesmo assim, existia a modalidade em que o aborto é permitido, ou seja, quando fosse meio necessário para salvar a vida da gestante, e punia médicos e parteiras que eventualmente e de forma culposa causassem a morte da gestante.⁵⁵

Com a chegada do Decreto Lei nº 2.848 de 1940, o legislador tipificou a prática do delito nos seguintes moldes: O aborto provocado, quando a progenitora assume a conduta realizada e a figura do aborto sofrido, quando a gravides era interrompida sem o consentimento da gestante. Além dessas condutas, ainda ficou enquadrado como crime a aborto consentido, ou seja, quando a gestante permite que qualquer outro terceiro realize a manobra.⁵⁶ Por mais que essa realidade perdure até os dias de hoje, é mister salientar que o Código Penal mencionado teve sua elaboração moldada a luz da cultura, costumes e hábitos predominantes na sociedade na década de 1930, no entanto, mesmo a tipificação sendo mantida em sua grande inteireza, não há como não falar em mudanças após sessenta anos da criação do código, sendo que os valores da sociedade, os avanços científicos e

⁵⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito Penal, parte especial**: dos crimes contra a pessoa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 158.

⁵⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito Penal, parte especial**: dos crimes contra a pessoa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 158.

⁵⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito Penal, parte especial**: dos crimes contra a pessoa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 158.

tecnológicos se alterarão, motivo pela qual ocasionou uma verdadeira revolução na Medicina.⁵⁷

Neste contexto, Cesar Roberto Bitencourt defende:

“No atual estágio, a medicina tem condições de definir com absoluta certeza e precisão eventual anomalia do feto e, conseqüentemente, a inviabilidade de vida extrauterina. Nessas condições, é perfeitamente defensável a orientação do Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal, que autoriza o aborto quando o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais, ampliando a abrangência do aborto eugênico ou piedoso.”⁵⁸

As figuras delituosas previstas pelo Código Penal Brasileiro, tem como principal objetivo salvaguardar a vida humana, colocando a ela o pensamento de valor invioláveis defendida por Ronald Dworkin, sendo tão importante o valor da vida, que esta foi adicionada com uma das cláusulas pétreas e parte dos direitos fundamentais previstos pela constituição de 1988, ou seja, tutela-se a vida humana desde o ventre materno⁵⁹.

Quando a conduta é realizada a luz dos artigos 125 e 125, ou seja, realizado por um terceiro, a objeto a ser protegido e tutelado pelo legislador é a vida do embrião e a incolumidade física e psíquica da gestante, sendo as duas ultimas formas de aborto secundário em se tratando de aborto não consentido.⁶⁰

O nascituro, como já previsto pelo legislador civil, é o portador do bem jurídico a vida humana. A genitora pode está no polo passivo na ocasião de aborto não consentido, tendo em visto que atenta-se contra sua liberdade, ou quando o aborto é qualificado pelo resultado, afetando desta maneira, dois bens jurídicos mediatos que é a vida e a sua integridade pessoal.⁶¹

Ao contrário do que pensam alguns doutrinadores, não pode o Estado figurar como sujeito passivo, pois a vida humana dependente ou independente são bens jurídicos individuais, e não coletivos. Razão pela qual a proteção da vida do ser humano produto de uma concepção, é de interesse amplamente social ainda que

⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito Penal, parte especial: dos crimes contra a pessoa**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 158.

⁵⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito Penal, parte especial: dos crimes contra a pessoa**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 158.

⁵⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial- artigos 121 a 249**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 117 - 118.

⁶⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial- artigos 121 a 249**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 118.

⁶¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial- artigos 121 a 249**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.p. 119.

seja individual, pois o legislador jurídico penal protege vários bens jurídicos individuais.⁶²

O conceito de aborto não está previsto pela legislação, sendo assim, um elemento normativo extrajurídico, fazendo com que recorramos à ciência para que se possa realizar uma real adequação típica a conduta prevista pelo Código Penal. Contudo, para a realização da conduta infracional não há como recusar a prova de que o ser humano dependente esteja vivo no seio materno quando for realizada a conduta delitiva e, em consequência, ocorra a morte do embrião, sendo, com isso, possível compreender que o objeto material do crime é única e exclusivamente o produto vivo da concepção, ou seja, o feto, seja qual for a fase da gravidez.⁶³

Para se compreender melhor este instituto, a ciência nos explica que a formação de um ser humano tem início com a fase ovular, quando o aborto é realizado nos dois primeiros meses, logo após vem a fase embrionária, quando se realizar já a partir do terceiro ao quarto mês e finalmente a fase fetal, quando o delito se faz presente do quinto mês em diante da gestação.⁶⁴

Para que se possa exteriorizar a prática do crime, se faz necessário que a mulher esteja grávida, o que aos olhos da ciência, mais especificamente o ramo da Biologia, é marcado pela fecundação. Já para o mundo jurídico, o termo inicial é a partir do momento da nidação, a fecundação do óvulo e o consequente desenvolvimento da gestação até o seu regular nascimento, tem-se que o processo de nidação ocorre cerca de quatorze dias após a concepção.⁶⁵

Quando ocorre a morte do nascituro logo após o início do parto, temor configurada a prática do infanticídio ou homicídio dependendo de cada caso. No caso do aborto, para sua configuração ocorrer é necessário que haja uma interrupção que culmine na morte do embrião. O feto morrer, caso morra no útero materno, sendo expulso em seguida, petrificado ou até mesmo absorvido pelo organismo materno, inclusive nos casos em que o feto é expulso do seio materno

⁶² PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: Parte Especial- artigos 121 a 249. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 119.

⁶³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: Parte Especial- artigos 121 a 249. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 119 -120.

⁶⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: Parte Especial- artigos 121 a 249. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 120.

⁶⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: Parte Especial- artigos 121 a 249. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 120 - 121.

vivo e morre em decorrência das práticas abortivas utilizadas caracteriza a figura do aborto.⁶⁶

O tipo penal ainda prevê que o aborto pode ser realizado pela ação ou omissão do sujeito ativo, decorrendo de meios executórios a gestante ou do agente. No caso da ação, ela decorre de meios executórios, já no caso da omissão, esta se dá por meio da conduta do sujeito ativo, que detém a função de garante, casos de médicos e enfermeiras no ato de suas funções.

Existem várias formas para se realizar um aborto, podendo ser divididos em três principais grupos: a) químicos ou bioquímicos físicos e os psíquicos. O primeiro induz contrações direcionadas à expulsão do embrião, podendo-se usar substâncias inorgânicas ou orgânicas. A segunda já se caracteriza no tocante a manobras abortivas mecânicas, térmicas ou elétricas e a terceira e última forma, os meios empregados afetam diretamente a mente feminina.⁶⁷

A modalidade do crime de aborto só pode ser encontrada em sua forma dolosa, ou seja, o agente necessariamente tem a livre consciência e vontade de produzir o resultado almejado, caso do dolo direto.

No caso de o agente não ter a intensão direta de matar o feto e o resultado morte ocorre, o sujeito ativo aceita tal resultado como possível e provável, temos caracterizada a modalidade do dolo eventual.⁶⁸

Nesse ínterim, Luiz Regis Prado explana sobre todas as modalidades de aborto:

1. “O autoaborto aonde a gestante provoca em si mesma o aborto (artigo 124 do CP).
2. O aborto consentido aonde a gestante consente que terceiro lhe provoque (artigo 125 e 126 do CP).
3. O aborto qualificado pelo resultado é aquele cuja consequência do aborto praticado com ou sem a anuência da gestante, ou dos meios e manobras realizadas para provoca-lo, que acarreta em lesão corporal grave ou morte (artigo 127 do CP).
4. O aborto necessário ou terapêutico é aquele realizado por médico se não há outro meio de salvar a vida da gestante (artigo 128, I do CP).

⁶⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: Parte Especial- artigos 121 a 249. Volume 2. 9. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 121- 122.

⁶⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: Parte Especial- artigos 121 a 249. Volume 2. 9. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 122.

⁶⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: Parte Especial- artigos 121 a 249. Volume 2. 9. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 123.

5. O aborto sentimental ou humanitário realizado por médico quando a gravidez resulta de estupro, é necessário o consentimento da gestante.
6. O aborto eugenésico é aquele praticado quando o produto da concepção é portador de alguma anomalia genética de qualquer natureza, ou defeitos físicos, psíquicos decorrentes da gravidez.
7. O aborto econômico é aquele praticado por motivos econômicos ou sociais. A legislação brasileira não admite essa espécie de aborto.⁶⁹

O autor ainda nos mostra que o Tribunal do Júri é competente para processar e julgar o delito, sendo a decisão dos jurados social. Sendo a Ação Penal Pública incondicionada, pois o crime viola o maior e mais importante bem jurídico, à vida.⁷⁰

2.4. Espécies de aborto do direito brasileiro

A prática do aborto consiste em uma ação capaz de produzir o resultado, qual seja a interrupção da gestação por qualquer meio possível, destruindo assim, o aspecto material da conduta, no caso o feto. Nesse sentido, a conduta tipifica-se com o exame de peritos que atestam a forma que ocorreu a prática abortiva e, caso exista dúvida, segue-se o princípio constitucional e que rege o processo penal, no sentido de que não há pena, sem um devido processo legal, não podendo o agente ser considerável culpado em caso de qualquer dúvida em relação a sua conduta, sendo, portanto, a conduta atípica.⁷¹

Destarte, o dispositivo criminal tem como núcleo o verbo provocar o aborto, ou seja, depreende-se do dispositivo penal que para sua configuração é necessário o dolo ou a vontade livre e consciente, a comprovação da gravidez, bem com a comprovação da utilização de manobras abortivas, o embrião ou óvulo. As formas previstas penalizam tanto o auto-aborto, quando a gestante realiza nela mesma o delito ou as espécies de abortos provocados por terceiros com ou sem o consentimento da gestante.⁷²

⁶⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial- artigos 121 a 249.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 134

⁷⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial- artigos 121 a 249.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 133

⁷¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito Penal, parte especial: dos crimes contra a pessoa.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 161.

⁷² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito Penal, parte especial: dos crimes contra a pessoa.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 161.

2.4.1. Aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento

No crime previsto pelo art. 124 do CP, também conhecido como auto aborto, a gestante ocupa o lugar de sujeito ativo, configurando uma forma de delito especial próprio. Aqui, o sujeito passivo titular do bem jurídico protegido, é o direito a vida, mais especificamente o ser humano em formação desde a sua concepção, desenvolvimento e nascimento. No caso de mais de um feto, temos a configuração de concurso de delitos.⁷³

Assim, o dispositivo penal prevê duas condutas possíveis realizada pela gestante, a primeira ocorre com a própria gestante provocando a interrupção da gravidez e a segunda se realiza quando a gestante permite que um terceiro lhe cause o abortamento.⁷⁴

Portanto, a norma penal caracteriza-se por ser um crime de mão própria, ou seja, somente a gestante pode ser o sujeito ativo, sendo que a figura do terceiro se resume em apenas um ato acessório de instigar, induzir ou auxiliar, sendo apenas partícipe do delito cometido, desse modo, responde apenas por seus atos executórios não como coautor, sendo enquadrado na conduta do artigo 126 do Código Penal, segundo a jurisprudência, tendo em vista que esse tipo de crime não admite coautoria, sendo uma exceção da teoria monística da ação.⁷⁵

2.4.2. Aborto provocado sem consentimento da gestante

Quando o aborto se realiza por meio de terceiro sem o consentimento da gestante, temos uma modalidade cuja penalidade prevista bem severamente pelo legislador, sendo previsto no artigo 125 do Código Penal. A falta da permissão caracteriza parte do conteúdo típico da conduta, ou seja, a aceitação da gestante não faz a conduta atípica, porém se encaixa em outro dispositivo penal.⁷⁶

Para configuração não é necessária o uso de violência, fraude ou a grave ameaça. O agente pode realizar simulações ou dissimulações, desviando a atenção

⁷³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial- artigos 121 a 249.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. P. 118 - 119

⁷⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito Penal, parte especial: dos crimes contra a pessoa.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 161.

⁷⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito Penal, parte especial: dos crimes contra a pessoa.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.162.

⁷⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito Penal, parte especial: dos crimes contra a pessoa.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.163 - 164.

e interceptação da gestante. Para o enquadramento penal a este dispositivo, o desconhecimento pela gestante das praticas utilizadas é essencial a ponto de poder incorrer na hipótese.⁷⁷

Contudo, pode sim a conduta ocorrer mediante violência, fraude ou a grave ameaça. No caso da fraude, esta pode ocorrer quando o agente aplica a substância abortiva para a gestante sem o seu conhecimento, ou realiza uma intervenção cirúrgica para retirar o feto sem a sua vontade.⁷⁸

2.4.3. Aborto provocado com consentimento da gestante

Esta modalidade prevista no artigo 126 do Código Penal ocorre pela vontade expressa pela gestante que um terceiro empregue meios para se realizar as manobras abortivas, podendo ocorrer de forma tácita ou expressa, sendo prevista penas mais severas para este tipo de aborto. No caso da gestante, mediante sua aprovação, esta estará cometendo um crime já tratado previsto pelo art. 124 do CP, respondendo pela modalidade de aborto consentido, sendo aplicada, por conseguinte, punição menos severa se comparado a de terceiro.⁷⁹

No crime de aborto consentido, a conduta da gestante é considerada pelo legislador de menos graus de reprovabilidade do que a do agente que efetivamente realiza as manobras abortivas mesmo que consentidas pela gestante.⁸⁰

No caso em comento, deve-se compreender que os crimes previstos nos artigos 124 e 126 do Código Penal necessitam obrigatoriamente da participação de duas pessoas, daí verifica-se tratar de um crime de concurso de necessário, sendo que cada participante responde individualmente por suas condutas.⁸¹

2.4.4. Aborto qualificado

A forma qualificada do aborto prevista pelo artigo 127 do Código Penal consiste em lesões corporais grave, aumentando-se a pena em um terço e duplicada

⁷⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito Penal, parte especial: dos crimes contra a pessoa**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.164.

⁷⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial- artigos 121 a 249**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 125.

⁷⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial- artigos 121 a 249**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 125 - 126.

⁸⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito Penal, parte especial: dos crimes contra a pessoa**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.164.

⁸¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito Penal, parte especial: dos crimes contra a pessoa**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.164.

se por qualquer meio utilizado para o aborto ocasiona a morte da gestante nos casos das hipóteses previstas nos artigos 125 e 126 do Código Penal.⁸²

A lesão corporal grave ou a morte só se enquadram na modalidade de aborto qualificado se o agente ao realizar a conduta não tinha o dolo, mesmo que eventual, de provocar esses resultados, caso contrário, este responderia por concurso material do crime de aborto com o crime de lesão corporal ou homicídio.⁸³

Segundo entendimento majoritário da jurisprudência as lesões ou o óbito advém apenas da culpa do sujeito ativo, configurando, dessa maneira, a modalidade preterdolosa, na qual significa: o dolo na conduta ou antecedente e a culpa no subsequente ou consequente. Porém, existe um resultado gravoso qualificando a conduta anterior desejada pelo agente, sendo que este tem a vontade de destruir o embrião, configurando lesões graves ou o falecimento da gestante. Tal caso merece ser apreciado de forma bem delimitada em razão da conduta do agente pode ser semelhante com o concurso material, onde responderá não pela conduta qualificada e sim pela forma criminal do aborto combinado com as modalidades de lesão corporal prevista no artigo 121 ou artigo 129 do Código Penal.⁸⁴

A respeito desse tema Nucci nos ensina:

“Em suma, em nossa visão, o aborto com morte ou lesão grave para a gestante é um crime qualificado pelo resultado, que pode dar-se com o dolo na conduta antecedente (aborto) e dolo eventual ou culpa na consequente (morte ou lesão grave para a gestante). Não se trata, pois, do autêntico crime preterdoloso, aquele que somente admite dolo na conduta antecedente e culpa na consequente. Por tal motivo, cremos possível a configuração da tentativa, isto é, o agente tenta praticar o aborto, não consegue, mas termina causando a gestante lesões graves. É uma tentativa de aborto com lesões graves para a mãe.”⁸⁵

Em contraponto, Fernando Capez, defende a tentativa no aborto qualificado consiste da seguinte maneira:

“Entendemos, que, nessa hipótese, deve o sujeito responder por aborto qualificado consumado, pouco importante que o abortamento não se tenha efetivado, aliás como acontece no latrocínio, o qual se reputa consumado

⁸² CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial: dos crimes contra a pessoa, dos crimes o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (artigo 121 a 212). V.2.11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 155.

⁸³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial, artigo 121 a 234 do Código Penal. v.2. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 67.

⁸⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 569.

⁸⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 569 - 570.

com a morte da vítima, independentemente de o roubo consumir-se. Não cabe mesmo falar em tentativa de crime preterdoloso, pois neste o resultado agravador não é querido, sendo impossível ao agente tentar produzir algo que não quis: ou o crime é preterdoloso consumado ou não é preterdoloso.”⁸⁶

Pelo exposto, cumpre esclarecer que as práticas da autolesão e do suicídio não são punidos pelo ordenamento jurídico pátrio, isso significa que se durante a prática do aborto a gestante se autolesiona ou lhe sobrevém a morte, esta responderá apenas pelo incurso no artigo 124 do Código Penal no caso da autolesão e será declarada extinta a punibilidade no caso do óbito, que será considerado como suicídio, tendo em vistas que estas condutas são consideradas para o ordenamento jurídico condutas atípicas.⁸⁷

2.5. Excludentes especiais da ilicitude:

O legislador penal previu não só apenas as formas punitivas do aborto, no artigo 128, há previsão de excludentes da ilicitude do aborto, ou em outras palavras, em que não há crime.

Podemos entender a legalidade do aborto de duas maneiras, quando a prática estiver relacionada aos meios necessários para salvar a vida da gestante, ou quando estiver relacionada a violência praticada a liberdade sexual da mulher ou seja, o estupro e ao seu consentimento em relação a retirada do produto da concepção. O legislador ainda prevê, no caput do art. 128 apenas ao médico para realizar a interrupção da gravidez, afastando, assim, a enfermeira e a parteira.⁸⁸

No tocante ao disposto no artigo 128, inciso I, a intenção do legislador foi de salvaguardar a vida da gestante em detrimento da vida do feto, podendo ser realizado apenas por médico habilitado para atestar a saúde da gestante para se atestar a necessidade ou não do aborto. Já no caso do artigo 128, inciso II, tutela-se a honra subjetiva da gestante, quando o fruto da gravidez advém de uma violação sexual, sendo permitido somente após a certificação médica, único profissional autorizado para realizar a manobra abortiva, dependendo da autorização da

⁸⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, parte especial**: dos crimes contra a pessoa, dos crimes o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (artigo 121 a 212). v.2. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 157.

⁸⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, parte especial**: dos crimes contra a pessoa, dos crimes o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (artigo 121 a 212). v.2. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 156.

⁸⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 570.

gestante ou de seu representante legal para realizar o procedimento. A doutrina ainda nos ensina que nos casos em que o aborto é praticado por enfermeira ou qualquer outra pessoa, poderão ser absolvidos pela contudo, desde que seja constatado o estado de necessidade de conduta adversa, tendo que se verificar no caso em concreto.⁸⁹

2.5.1. Aborto Necessário ou Terapêutico

Esta modalidade de aborto legal encontra-se no artigo 128, inciso I, do Código Penal, podendo ser entendido como a interrupção da gestação realizada por médico em situações de perigo de vida a saúde da gestante, não existindo outro meio para salvaguardá-la.⁹⁰

Verifica-se que o legislador procurou tutelar a vida da gestante em detrimento da vida humana que estava sendo gerida, não sendo necessário nem mesmo o consentimento da gestante para se realizar a manobra abortiva, daí mais uma vez temos que nos atentar para os ensinamentos de Ronald Dworkin que defende que a vida humana torna-se inviolável e intrinsecamente valiosa quando se analisa tudo o que aquela pessoa já realizou em sua vida e seus planos para o futuro.

Com isso, depreende-se desta explicação, que o valor intrínseco da vida humana está intimamente ligado com a vida intrauterina, razão pela qual, se deveria analisar com bastante diligência a necessidade de se realizar o aborto, mesmo que seja radicado por médico.

Neste passo, Fernando Capez, trata o assunto da seguinte maneira:

“[...] trata-se de espécie de estado de necessidade, mas sem a exigência de que o perigo de vida seja atual. Assim, há dois bens jurídicos (a vida do feto e da gestante) postos em perigo, de modo que a preservação de um (vida da genitora) depende da destruição do outro (vida do feto). O legislador optou pela preservação do bem maior, que, no caso, é a vida mãe, diante

⁸⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 570.

⁹⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, parte especial**: dos crimes contra a pessoa, dos crimes o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (artigo 121 a 212). 11. v.2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 158.

do sacrifício de um bem menor, no caso, um ser que ainda não foi totalmente formado.”⁹¹

O legislador buscou tutelar o valor intrínseco da vida, mesmo que para isso fosse eliminada outra vida humana, no entanto, não apontou sobre a situação de perigo atual, bastando apenas que exista algum tipo de risco para a gestante.⁹² Devido sua característica emergencial, o processo de aborto pode, inclusive, ser praticado mesmo com a recusa da gestante ou de seu representante legal, não acarretando nenhum tipo de ilícito penal por parte do médico, tendo este, que ter o devido preparo para realizar tal procedimento de aborto.⁹³

Diante do que foi analisado, verifica-se que a principal característica para a realização do aborto está amparada no estado de necessidade, ou seja, uma, excludente da ilicitude, que torna a prática abortiva um meio necessário para proteger a vida da gestante.⁹⁴

O procedimento para realizar o procedimento de aborto em função do caráter de urgente, o autor supramencionado tenta explicar da seguinte maneira que:

“[...] não se trata tão somente de risco a saúde da gestante; ao médico caberá avaliar se a doença detectada acarretará ou não risco de vida para a mulher grávida. Ele, médico, deverá intervir após o parecer de dois outros colegas, devendo ser lavrada ata em três vias, sendo uma enviada ao Conselho Regional de Medicina e outra ao diretor clínico do nosocômio onde o aborto foi praticado.”⁹⁵

Pelo exposto, tem-se que o artigo 20, parágrafo 1º, do Código Penal e que trata sobre a discriminante putativa, caso haja um diagnóstico incorreto por uma junta médica, o resultando pela necessidade do aborto, que seria desnecessária, por consequente equívoco, afasta o dolo do crime de aborto em questão.⁹⁶

⁹¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, parte especial**: dos crimes contra a pessoa, dos crimes o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (artigo 121 a 212). 11. v.2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 158.

⁹² CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, parte especial**: dos crimes contra a pessoa, dos crimes o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (artigo 121 a 212). 11. v.2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 158.

⁹³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: Parte Especial- artigos 121 a 249. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 127

⁹⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: Parte Especial- artigos 121 a 249. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 128

⁹⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, parte especial**: dos crimes contra a pessoa, dos crimes o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (artigo 121 a 212). 11. v.2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 158 e 159.

⁹⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, parte especial**: dos crimes contra a pessoa, dos crimes o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (artigo 121 a 212). 11. v.2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 159.

2.5.2. Aborto Sentimental, Humanitário ou Ético

A modalidade prevista pelo legislador no artigo 128, inciso II, do Código Penal trata do Aborto Sentimental, Humanitário ou Ético, sendo realizado por médico especializado nos casos em que a gravidez decorre de uma conduta penal, que no caso em comento, seria o estupro. O aborto neste caso é cometido por médico quando a mulher é vítima de um estupro.⁹⁷

No entanto, ao contrário da primeira modalidade prevista no art. 128, I do CP, nesta hipótese, o legislador previu duas formalidades, como a comprovação da gravidez. Porém, existem algumas regras para que o aborto humanitário seja realizado, sendo indispensável à comprovação da gravidez em consequência do estupro e o consentimento da gestante ou de seu representante legal.⁹⁸

O aborto piedoso/ sentimental se preocupa com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, ocorrendo quando a mulher sofre a violação sexual e a sua honra, razão pela qual decidiu o legislador por preservar o direito à vida da gestante.⁹⁹

Tal previsão encontra-se amparada no sentido de que a mulher não está obrigada a conviver, ou mesmo dar frutos a uma vida que se originou de um grande trauma, como o delito do estupro, pois o autor do delito, geralmente se caracteriza por ser mau caráter, depravado e com um comportamento socialmente reprovável.¹⁰⁰

Capez, explica que o estupro é peça fundamental para se basear a prática realizada por um médico habilitado, seguindo seu entendimento:

“O médico, para realizar o aborto, ao contrário do aborto necessário ou terapêutico, necessita do prévio consentimento da gestante ou do seu representante legal. A lei não exige autorização judicial, processo judicial ou sentença condenatória contra o autor do crime de estupro para a prática do aborto sentimental, ficando a intervenção a critério do médico. Basta prova idônea do atentado sexual (boletim de ocorrência, testemunho colhidos perante autoridade policial, atestado médico relativo às lesões defensivas sofridas pela mulher e às lesões próprias da submissão forçada à conjunção

⁹⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, parte especial**: dos crimes contra a pessoa, dos crimes o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (artigo 121 a 212). 11. v.2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 159.

⁹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito Penal, parte especial**: dos crimes contra a pessoa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.169.

⁹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 570 -571.

¹⁰⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial, artigo 121 a 234 do Código Penal. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 69.

carnal). No tocante à gravidez decorrente de estupro de vulnerável, basta a prova da realização da conjunção carnal.”¹⁰¹

Diferentemente do aborto terapêutico, para que o médico possa realizar o procedimento na gestante é necessário o seu consentimento ou do representante legal para dar credibilidade à conduta praticada, caso contrário, o médico poderá responder pelo incurso no art. 125 do Código Penal Brasileiro.¹⁰² No entendimento de Cezar Roberto Bitencourt, é necessária uma formalização deste consentimento, devendo ser de modo escrito e na presença de duas testemunhas para dar publicidade, de modo a se garantir a segurança jurídica do profissional, devendo a prova do delito ser produzida por todos os meios admissíveis em direito.¹⁰³

Quando a gravidez se origina de um delito de atentado violento ao pudor, a doutrina e a jurisprudência tem entendido que o aborto sentimental pode ser realizado, tendo em vista que a conduta fere a dignidade da mulher, bem como o estupro.¹⁰⁴ Mesmo que o médico capacitado seja induzido a erro, o procedimento para o aborto poderá ser realizado, isso porque o artigo 20, parágrafo 2º do Código Penal prevê que no erro de tipo, caso o médico seja induzido a realizar o aborto, exclui o dolo e a tipicidade da conduta delitiva.¹⁰⁵

2.5.3. Aborto Necessário ou Humanitário praticado por enfermeira

Embora o legislador penal tenha previsto que só médico capacitado poderia realizar o aborto na gestante, excluindo, assim, as parteiras e as enfermeiras, o Código Penal prevê uma hipótese em que o aborto necessário pode ser realizado por enfermeira, para isso vejamos o entendimento de Damásio de Jesus:

“Tratando-se de aborto necessário, em que não há outro meio de salvar a gestante, não responde por delito. Não por causa do artigo 128, uma vez que esta disposição só permite a provocação por médico. Na hipótese, a

¹⁰¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, parte especial:** dos crimes contra a pessoa, dos crimes o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (artigo 121 a 212). 11. v.2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 160.

¹⁰² PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro:** Parte Especial- artigos 121 a 249. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 129.

¹⁰³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito Penal, parte especial:** dos crimes contra a pessoa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.169.

¹⁰⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito Penal, parte especial:** dos crimes contra a pessoa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.169.

¹⁰⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, parte especial:** dos crimes contra a pessoa, dos crimes o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (artigo 121 a 212). 11. v.2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 161.

enfermeira é favorecida pelo estado de necessidade previsto no artigo 24 do estatuto penal, que exclui a ilicitude do fato.”¹⁰⁶

A excludente da ilicitude só estará presente caso a enfermeira e a parteira realize o aborto quando identificarem o estado de necessidade, tendo os requisitos de perigo atual ou iminente esteja presente, caso contrário, a sua conduta será criminosa.¹⁰⁷

Segundo Dámasio de Jesus, a enfermeira comete o delito no caso de aborto humanitário em razão do legislador ter delegado expressamente a qualidade do sujeito que pode realizar tal conduta, qual, seja, o médico.¹⁰⁸

Quando a enfermeira se encontra no polo ativo, responderá pelo crime previsto em razão da lei delegar apenas a médico para realizar o aborto necessário, pois já preenche todos os quesitos necessários.¹⁰⁹ Por conseguinte, Cezar Roberto Bitencourt entende de forma parcial, ou seja, aduz que a conduta da enfermeira não goza da excludente especial da ilicitude, pois favorece apenas o médico.¹¹⁰

Portanto, a conduta da enfermeira poderá afastar a culpabilidade em razão de sua ação caracterizar-se pela inexigibilidade de outra conduta, que, estando presente, não responderá a enfermeira pelo crime de aborto.¹¹¹ Existe, ainda, outra forma para que a enfermeira não incorra no delito, na hipótese em que se encontre na condição de partícipe, auxiliar o médico nos procedimentos do aborto humanitário, não havendo nenhum crime em virtude da conduta do médico não caracterizar o fato típico ilícito.¹¹²

¹⁰⁶ JESUS, Damásio de. **Direito Penal: parte especial**; Dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio. v.2. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 160.

¹⁰⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, parte especial**: dos crimes contra a pessoa, dos crimes o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (artigo 121 a 212). 11. v.2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 159.

¹⁰⁸ JESUS, Damásio de. **Direito Penal: parte especial**; Dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio. v.2. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 160.

¹⁰⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, parte especial**: dos crimes contra a pessoa, dos crimes o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (artigo 121 a 212). 11. v.2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 161.

¹¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito Penal, parte especial**: dos crimes contra a pessoa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.171.

¹¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito Penal, parte especial**: dos crimes contra a pessoa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.171.

¹¹² CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, parte especial**: dos crimes contra a pessoa, dos crimes o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (artigo 121 a 212). 11. v.2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 161.

3 A descriminalização do aborto

3.1 O caso *Roe v. Wade*:

Este caso marcou um dos maiores e mais polêmicos embates enfrentados pela Suprema Corte Americana no ano de 1973, na qual, o grande objetivo era discutir a constitucionalidade de uma lei do Texas que criminalizava a prática do aborto, além do mais, abarcava a discussão, a constitucionalidade de outra lei do Estado da Geórgia, que permitia a prática do aborto desde que fosse aprovada por uma junta médica especializada em que fosse realizado o procedimento.¹¹³

A decisão do caso em comento, mesmo se passado 35 anos de sua aplicação, ainda abarca uma das maiores discussões polêmicas da história das decisões realizadas pela Suprema Corte americana. Tem-se que a ação em tela se deu em nome de Jane Roe, visando à garantia da real requerente, qual seja, McCorvey, para que não fosse tornado público os fatos a respeito de sua gestação perante à Suprema Corte Americana.¹¹⁴

Este caso, sem dúvidas nenhuma, deixou clara a ideia de que qualquer lei Estadual que proibisse a prática do aborto para proteger o embrião nos dois primeiros trimestres de gravidez seria declarada inconstitucional, razão pela qual, a proibição da prática abortiva seria permitida somente a partir do terceiro e último trimestre, visando salvaguardar a vida do feto.¹¹⁵

Em breve síntese, pois trataremos sobre os argumentos específicos tratados pela Suprema Corte Americana, o caso *Roe x Wade* marcou uma decisão polêmica na qual estabeleceu que as mulheres tinham o direito ao aborto com fundamento no direito a privacidade, na qual, em consequência, declarou inconstitucionais não só

¹¹³ Bertagnolli, Ilana. *Roe V. Wade, Planned Parenthood v. Casey e Gonzales V. Carhat: Uma análise da evolução dos precedentes norte-americanos sobre a questão do aborto*. **ORBIS: Revista Científica**. V.2, n.3, p. 03-07.

¹¹⁴ Bertagnolli, Ilana. *Roe V. Wade, Planned Parenthood v. Casey e Gonzales V. Carhat: Uma análise da evolução dos precedentes norte-americanos sobre a questão do aborto*. **ORBIS: Revista Científica**. V.2, n.3, p. 03-07.

¹¹⁵ Bertagnolli, Ilana. *Roe V. Wade, Planned Parenthood v. Casey e Gonzales V. Carhat: Uma análise da evolução dos precedentes norte-americanos sobre a questão do aborto*. **ORBIS: Revista Científica**. V.2, n.3, p. 03-07.

as Leis dos Estados do Texas e da Geórgia, como de quase totalidade das leis estaduais que disciplinavam sobre o aborto.¹¹⁶

Esta decisão entregou às mulheres a autonomia para interromper a gestação de forma livre no 1ª Trimestre de gravidez e apontando alguns limites à prática do aborto quando praticados nos 2º e 3º trimestre de gestação, sendo este ultimo permitido somente se trouxesse risco a saúde ou integridade física da mãe, razão pela qual explica o porquê tal decisão se tornou um dos maiores precedentes a ser seguido pelos tribunais do país até os dias de hoje.¹¹⁷

3.2 Argumentos utilizados pela Suprema Corte Americana

A decisão da Suprema Corte Americana neste emblemático caso, cujo relator era o juiz Harry Blackmun, fundamentou sua decisão no sentido de que os Estados, de certo modo, tinham sim o interesse em resguardar a vida do feto, no entanto, apenas este condão não outorgava aos Estados Americanos o poder de proibir o aborto em todas as suas fases, com isso, o juiz relator separou então sua decisão em três momentos distintos para tipificar a pratica do aborto.¹¹⁸

O primeiro deles previa que, durante o primeiro trimestre de gestação, a mulher teria total autonomia para decidir sobre a realização ou não do aborto, sendo inconstitucional qualquer exigência para sua realização. No segundo momento, o juiz entendeu que os Estados só poderiam restringir a realização do aborto, caso a conduta oferecesse risco a saúde da gestante e a terceira, mas não menos importante e semelhante ao segundo posicionamento, previa que, no terceiro e último trimestre de gestação, a prática do aborto poderia ser proibida visando exatamente salvaguardar a vida do embrião, que já teria sua formação completa,

¹¹⁶ Bertagnolli, Ilana. Roe V. Wade, Planned Parenthood v. Casey e Gonzales V. Carhat: Uma análise da evolução dos precedentes norte-americanos sobre a questão do aborto. **ORBIS: Revista Científica**. V.2, n.3, p. 03-07.

¹¹⁷ Bertagnolli, Ilana. Roe V. Wade, Planned Parenthood v. Casey e Gonzales V. Carhat: Uma análise da evolução dos precedentes norte-americanos sobre a questão do aborto. **ORBIS: Revista Científica**. V.2, n.3, p. 03-07.

¹¹⁸ Bertagnolli, Ilana. Roe V. Wade, Planned Parenthood v. Casey e Gonzales V. Carhat: Uma análise da evolução dos precedentes norte-americanos sobre a questão do aborto. **ORBIS: Revista Científica**. V.2, n.3, p. 03-07.

sendo que, neste momento, a única forma de se permitir o aborto, seria se a gestação colocasse em risco a vida mãe.¹¹⁹

A fundamentação jurídica para se chegar a este entendimento, não necessariamente passou pelo crivo do direito constitucional norte americano, pois o juiz Harry fundamentou sua decisão com base no direito a privacidade, previsto da cláusula do devido processo legal do artigo XIV, acrescentado à constituição americana, vejamos pois o que diz o artigo;¹²⁰

1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas a sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; **nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.**

A Suprema Corte norte americana se manifestou por sete votos a dois no sentido de que, embora não estivesse expressamente previsto na constituição americana, o direito à privacidade seria um direito fundamental, protegido pelo item primeiro do artigo XIV acrescentado à constituição, pois garantia aos cidadãos norte-americanos a não violação de sua liberdade sem o devido processo legal.

O caso Roe x Wade se tornou um grande precedente em razão de atingir a cultura jurídica do país ao longo de décadas, natural para um país de *common law*, pois resistiu a inúmeras tentativas de *overruling*, ou seja, revogação, o que explica a força dessa decisão para a cultura norte-americana, que produz seus efeitos até os dias atuais.

Cabe salientar, que é papel da Suprema Corte, onde os juízes são nomeados e tem seu cargo de forma duradoura, ou seja, só saem do cargo por morte ou mau comportamento, exercer o devido controle de constitucionalidade das leis elaborados pelos membros da federação americana, tendo o papel de uniformizar a jurisprudência, sendo suas decisões seguidas pelo resto dos tribunais inferiores.

Destarte, verifica-se que a judicialização do direito a vida só viria a ter uma visão global a partir da análise do caso enfrentado pela Suprema Corte, na qual

¹¹⁹ Bertagnolli, Ilana. Roe V. Wade, Planned Parenthood v. Casey e Gonzales V. Carhat: Uma análise da evolução dos precedentes norte-americanos sobre a questão do aborto. **ORBIS: Revista Científica**. V.2, n.3, p. 03-07.

¹²⁰ Constituição dos EUA. Disponível em: < <http://www.braziliantranslated.com/euacon01.html>>. Acesso em 15 de setembro 2014

passou a permitir que a mulher interrompesse voluntariamente a gestação de forma livre e consciente, desde que fosse praticado no primeiro trimestre de gravidez.

Portanto, para decidir sobre o caso extremamente emblemático e polêmico, a Corte Americana se fundou basicamente em um direito, na qual é interpretado como fundamental e foi acrescentado à constituição norte americana, que seria o direito a privacidade, que de certa forma estava sim previsto na constituição, apesar de não ser de forma expressa em seu texto.

3.3 *Análise da descriminalização do aborto no Brasil a partir da decisão Roe x Wade:*

O Brasil prevê a prática do aborto como criminoso quando este é cometido pela gestante ou com o seu consentimento ou, ainda, quando provocado por terceiro com ou sem o consentimento da gestante (artigos 124 ao 126), não obstante, ainda prevê a prática do aborto qualificado (art. 127), quando da realização do aborto resultar lesão ou até mesmo a morte.

Todavia, o legislador brasileiro pensou em apenas duas modalidades de aborto que seria permitida, qual seja, quando praticado por médico, visando salvaguardar a vida da gestante ou quando o fruto da gestação derivar de estupro, desde que seja consentido pela gestante ou seu representante legal (art. 128).

Ao se analisar todo o dispositivo legal como uma unidade, verifica-se que a intensão do legislador sempre foi prevenir a saúde da gestante e de seu filho, tutelando, assim, como bem maior a vida humana, tratada no primeiro capítulo como um valor intrínseco.

Com base nesse pressuposto, podemos refletir sobre o seguinte tema: seria possível aplicar o mesmo entendimento realizado pela Suprema Corte americana para que fosse entregue as mulheres brasileiras o poder de decidirem sobre a continuidade ou não de uma vida intrauterina com base apenas no direito à privacidade?

Para responder a essa questão, seria necessário em um primeiro momento analisar a forma como funciona, de forma simplificada, o modelo de decisões

realizadas através de um controle de constitucionalidade Americano e o modelo Brasileiro.

Em se tratando do modelo Norte-Americano, sabe-se que é um direito amparado no direito Inglês e que por sua vez tem suas decisões fundadas no sistema de *common law*, tendo como características: um controle difuso, tendo em vista que qualquer juiz pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei; concreto pois a decisão se pauta em função de um caso concreto, tanto que as ações levam os nomes das partes, incidental, pois a constitucionalidade não é o assunto de fundo a ser decidido, mas um incidente prévio à decisão do caso concreto agitado; *inter partes*, pois a decisão realiza coisa julgada para autor e réu, tem efeitos *ex tunc*, pois tem vício situado no plano da existência.¹²¹

Além do mais, o modelo jurídico americano se pauta em um antigo princípio conhecido como “*stare decisis et non quieta movere*” (mantenha-se a decisão e não ofenda o que foi decidido), razão pela qual, o que se decide pela Suprema Corte deve ser seguido por todos os outros tribunais, salvo quando dos casos de superação de precedentes (*overruling*), o que se tentou muito realizar após a decisão que legalizou o aborto nos Estados Unidos, porém, tem-se que esta decisão produz seus efeitos até os dias atuais.¹²²

No tocante às características do modelo Brasileiro, verificam-se alguns pontos de semelhança com o modelo americano, até mesmo porque, tentou-se, de certa maneira copiar o modelo americano para moldar o direito brasileiro, desta forma, temos que as decisões realizadas pelo Supremo Tribunal Federal também se pauta em um controle difuso e concreto em sua ampla maioria das vezes, no entanto, não se tem essa característica praticada por um modelo jurídico baseado, em suma, em um direito cultural, traço marcante do sistema *common law*, isso porque no Brasil adota-se o modelo *civil law*.¹²³

¹²¹ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Controle de Constitucionalidade:** Evolução brasileira determinada pela falta do *stare decisis*.

¹²² AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Controle de Constitucionalidade:** Evolução brasileira determinada pela falta do *stare decisis*.

¹²³ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Controle de Constitucionalidade:** Evolução brasileira determinada pela falta do *stare decisis*.

Para a Suprema Corte americana, a compreensão ao direito do aborto se pautou em uma fundamentação que não estava previsto entre os direitos civis consagrados pela Constituição e suas emendas, a solução para se garantir o direito ao aborto partiu de duas determinações negativas a respeito do direito à vida. A primeira delas se resumia em afirmar que a criança ainda não nascida, não seria reconhecida plenamente como uma pessoa diante da lei, já o segundo ponto, considerava que o judiciário não precisaria resolver o difícil problema de determinar o momento biológico do início da vida.¹²⁴

Portanto, os Estados Unidos da América buscou uma emenda feita em sua constituição para reconhecer que o Estado não poderia interferir na privacidade da gestante, legalizando o aborto no país com base neste único argumento, o que fez de certo modo a diminuir consideravelmente o numero de abortos realizados desde a decisão da Suprema Corte Americana segundo uma pesquisa realizada pelo Instituto Guttmacher entre os anos de 2008 a 2011¹²⁵, se não vejamos:

A taxa de aborto dos EUA recusou-se a 16,9 abortos por 1000 mulheres com idade entre 15-44 anos em 2011, bem abaixo do pico de 1981 de 29,3 por mil e o menor desde 1973 (16,3 por mil), de acordo com "O aborto Incidência e serviço de disponibilidade nos Estados Unidos , 2011, "por Rachel Jones e Jenna Jerman. Entre 2008 e 2011, a taxa de aborto caiu de 13%, retomando a tendência de queda de longo prazo que tinha estagnado entre 2005 e 2008, o número de abortos (1,1 milhões em 2011) também diminuiu 13% neste período de tempo.

O estudo também descobriu que as taxas de aborto caiu em todas as quatro regiões dos Estados Unidos e em todos, mas seis estados durante 2008-2011: quedas foram mais acentuada no Centro-Oeste (17%) e Oeste (15%), e menos íngreme ainda digno de nota no Sul (12%) e Nordeste (9%). Notavelmente, os poucos estados em que as taxas de aborto aumentaram tinham taxas mais baixas do que a média nacional para começar.

No entanto, o estudo também apontou que o número de mulheres que utilizam medicamentos abortivos para realizar a prática aumentou em contraposição a aparente diminuição dos abortos no âmbito nacional¹²⁶.

Enquanto a taxa global de aborto continuou a diminuir, a proporção de abortos que foram procedimentos **iniciais de medicação continuou a aumentar**. Estima-se que 239.400 abortos terapêuticos iniciais foram

¹²⁴ Bertagnolli, Ilana. Roe V. Wade, Planned Parenthood v. Casey e Gonzales V. Carhat: Uma análise da evolução dos precedentes norte-americanos sobre a questão do aborto. **ORBIS: Revista Científica**. V.2, nº3, p. 03-07

¹²⁵ Guttmacher. Disponível em: < <http://www.guttmacher.org/media/nr/2014/02/03/index.html> >_acesso em 26 de setembro de 2014.

¹²⁶ Guttmacher. Disponível em: < <http://www.guttmacher.org/media/nr/2014/02/03/index.html> >_acesso em 26 de setembro de 2014.

realizados em 2011, **representando 23% de todos os abortos não hospitalar, um aumento de 17% em 2008** O estudo estima que 59% de todos os provedores de aborto conhecidos oferecem este serviço.

Como se pode observar no estudo realizado, A Suprema Corte Americana parece ter realizado uma decisão que buscasse proteger a vida da gestante, baseando-se no direito à privacidade, pois, em um primeiro momento, os números de abortos no País diminuíram após a decisão, tendo como dados os abortos realizados em clínicas licenciadas pelo Estado ou realizados pelo serviço de saúde.

Entretanto, como colocado acima, as estatísticas baseou-se naqueles abortos feitos legalmente em hospitais e clínicas disponibilizadas pelo país, no qual, não retratam toda a realidade, de modo que nem todas as gestantes que optam pela interrupção da gravidez utilizam esses serviços, se utilizando de remédios abortivos disponibilizados para a realização da prática sem a necessidade de hospitais e clínicas, muito menos sob o acompanhamento médico, segundo a pesquisa realizada.

Considerando os apontamentos realizados, vê-se que a legalização nos Estados Unidos sobre a prática do aborto não resolveu completamente a procura de meios ilegais e medicamentos que trazem riscos a própria vida da gestante, além de violar drasticamente o valor intrínseco contido na vida intrauterina, pois já é de amplo conhecimento que o feto adquire direitos desde sua concepção, e, entre eles, está o direito a vida.

Não obstante, buscando resolver de certa maneira a prática do aborto no Brasil, para se tentar diminuir a taxa de mortalidade de gestantes que realizam o delito em clínicas clandestinas e por meios de remédios abortivos, foi proposto o Projeto de Lei nº 1.135/1991 de autoria dos Deputados Eduardo Jorge Sandra Starling, na qual suprime o art. 124 do Código Penal Brasileiro, dando, assim, a mesma autonomia a gestante para decidir sobre a conduta ou não do aborto, para isso, fundamentou-se em uma argumentação semelhante à dada pela Suprema Corte Americana.

Na verdade, o principal fundamento para se suprimir o art. 124 da legislação penal, se pautou no reconhecimento dos direitos da mulher enquanto pessoa

humana, para se compreender melhor os argumentos utilizados, nada melhor do que analisar o projeto *ipsis litteris*.¹²⁷

PROJETO DE LEI Nº 1.135, DE 1991

(Do Sr. Eduardo Jorge e da Sr. Sandra Starling)

Suprime o art. 124 do Código Penal Brasileiro

(Às Comissões de Constituição e Justiça e de Redação; e de Seguridade Social e Família.)

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º: Fica suprimido o art. 124 do Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).

PROJETO DE LEI Nº 1.135, DE 1991

(Do Sr. Eduardo Jorge e da Sra. Sandra Starling)

Suprime o Art. 124 do Código Penal Brasileiro. (Às Comissões de Constituição e Justiça e de Redação; e de Seguridade Social e Família.)

Art. 1º Fica suprimido o art. 124 do Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

Justificação

O presente projeto de lei tem por objetivo atualizar o Código Penal, adaptando-o aos novos valores e necessidades do mundo atual, **particularmente no sentido do reconhecimento dos direitos da mulher enquanto pessoa humana.**

O artigo que se suprime penaliza duramente a gestante que provoca aborto ou consente que outro o realize. Esta é uma disposição legal ultrapassada e desumana.

O Código Penal data de 1940 e, nestes últimos cinquenta anos, nossa sociedade passou por profundas transformações, notadamente no que se refere ao papel da mulher. Sua participação tem-se caracterizado, entre outros aspectos, pela crescente sobrecarga de trabalho, associando suas funções domésticas às do trabalho assalariado, quase em condições desfavoráveis em relação aos demais trabalhadores.

São essas mulheres, em sua maioria de classe social baixa, obrigadas a submeter-se a prática do aborto, que vão compor a triste estatística de cerca de 4.000.000 (quatro milhões) de casos em todo Brasil. Essa prática realizada sem as condições técnicas necessárias tem provocado um alto índice de mortalidade, contribuindo fortemente para levar o País a uma taxa de mortalidade materna várias vezes superior às dos países da Europa.

Portanto, a lei não pode pretender punir baseando-se apenas na compreensão isolada e individual do ato e desconsiderando toda a realidade social a que esta submetida a mulher brasileira.

¹²⁷ CONGRESSO NACIONAL. *Diário do Congresso*, ano XLVI – n. 77; seção I, 18 de jun. 1991. p. 25.

Ademais, é absolutamente desnecessário e desumano querer aplicar penalidade a uma pessoa que já foi forçada a submeter-se a tamanha agressão. A gestante, quando provoca aborto em si mesma ou permite que outro o faça, está tomando uma providência extrema que a violenta física, mental e, com frequência, moralmente.

Pelo exposto e no sentido de reparar mais uma entre as injustiças contra a mulher, conclamamos os ilustres pares a aprovar este projeto de lei.

Sala das Sessões, 28 de maio de 1991. - Deputado Eduardo Jorge - Deputada Sandra Starling.

Assim, a semelhança se torna notável ao modelo americano implementado, pois reconhece o direito ao aborto com base nos direitos da mulher enquanto pessoa humana, o que se liga diretamente com o fundamento do princípio à privacidade prevista na Emenda nº 14 da Constituição Americana, ou seja, dá a gestante o poder de decidir sobre a continuidade ou não de sua gestação pelo simples motivo de ser sujeito de direito, de modo que não poderia o Estado interferir ou controlar as suas atitudes.

Destarte, o projeto de lei supramencionado se preocupou em tutelar a vida da gestante em face de reconhecer o direito à vida do embrião. Na verdade, buscou reconhecer que a mulher tem sim o direito ao respeito de sua privacidade individual, por ser sujeita de direitos, na qual não cabe ao Estado interferir sob o que a gestante decidirá fazer a respeito da vida que carrega dentro de seu ventre.

Sob este ponto, razão não assiste à intenção de sua criação, uns dos motivos se constrói principalmente no sentido de que o princípio à privacidade buscado pela Suprema Corte americana se pautou exatamente no seu mais tradicional modelo constitucional de *common law*, baseado no sistema cultural que move suas decisões, diferentemente do modelo brasileiro que se submete ao modelo *civil law*, tendo suas fontes pautadas exclusivamente nas leis, um dos motivos pelo qual o projeto de lei foi arquivado pela Câmara dos Deputados no ano de 2011.¹²⁸

De qualquer modo, analisando tanto o modelo americano como o projeto de lei proposto, depreende-se que a legalização da prática do aborto não seria um caminho adequado para se reduzir à mortalidade de gestantes que praticam o

aborto em clínicas clandestinas ou por meio de medicamentos obtidos sem prescrição médica.

Isso porque, face à proibição do aborto e a possível responsabilização de quem vende, prescreve ou ministra qualquer substância abortiva, mesmo que seja com o consentimento da gestante, estarão incorrendo no art. 126 do Código Penal, motivo pela qual as clínicas clandestinas estão fechando cada vez mais e o número de remédios obtidos ilegalmente reduziram, diminuindo assim os casos de abortos praticados no Brasil.

Ademais, a legalização da prática abortiva ofende a todos os princípios constitucionais previstos pela Constituição Federal de 1988, principalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, pois ao contrário do que se pretendia com o projeto de lei proposto, a dignidade estaria no sentido de reconhecer que o feto tem amplos direitos civis mesmo antes de seu nascimento, além do mais, teria toda uma perspectiva/planejamento das realizações que seriam feitas pela criança que iria nascer.

Com isso, tanto o projeto de lei como o sistema americano, não reconheceram que a vida humana tem um valor intrínseco, mesmo que essa vida esteja sendo gestada na barriga de uma gestante, ou seja, a vida tem um valor inviolável em sua própria essência, o que já afasta a ideia de que não se poderia reconhecer que o embrião tivesse direito, sendo que estes direitos já estão previstos até mesmo pelo Código Civil Brasileiro.

Deve-se compreender, pois, que o valor intrínseco ligado à vida humana se pauta quando a vida tem um valor independente daquilo que as pessoas apreciam, desejam, necessitam ou são bons para elas, tem um sentido único, sendo fruto de uma criação divina ou natural, não devendo ser em hipótese alguma violada.

Dessa maneira, o valor intrínseco e inviolável que ampara o direito a vida apenas ocorre pelo que representa, ou seja, a sua inviolabilidade se encontra no sentido de que o simples fato de dar início a uma vida humana, aí deve incluir a vida intrauterina, na qual é de suma importância que ela floresça e não se perca, sendo que o sagrado da vida se liga à destruição de toda uma perspectiva de vida o que

acaba levando, segundo Dworkin a uma desonra em face do que deveria ser honrado, fazendo surgir um dos maiores sentimentos da sociedade, o valor moral que passa a comandar a personalidade de um ser humano. Até mesmo liberais e conservadores norte americanos concordam que a vida tem sim um valor inviolável e intrínseco.

Nessa vertente, a vida humana deve ser preservada em todos os seus momentos, inclusive no momento de sua concepção, na qual ocorre a partir da nidação. A vida humana é inviolável por conter um valor sagrado em sua própria natureza, tendo em vista que para religiosos, advém de uma criação divina e para os estudiosos e descrentes, a vida seria uma criação da própria natureza e, portanto, não daria o direito de ninguém de poder violá-la, em razão de que a simples destruição deliberada de uma forma de vida humana, ainda que seja um embrião recém-formado, seria um erro, uma profanação da inviolabilidade da vida.

Desse modo, a santidade que representa a questão da vida humana enquanto fator inviolável e intrínseco está ligado entre o produto da criação e o investimento, sendo que a criação humana ou criação natural é o produto/objeto dos investimentos feitos naquilo que é sagrado, ou seja, uma criança é um conjunto de investimento do natural, uma criatura criada por Deus ou pela própria natureza. Já o investimento humano, ocorre quando o filho adveio de uma gestação planejada de seus pais, estando aí, caracterizada a criação humana.

No entanto, deve-se realizar um juízo de valor para se compreender o maior valor intrínseco e inviolável que traz a vida em seus mais diversos sentidos, de modo que nem sempre a retirada do feto do ventre materno se mostrará uma ofensa ou então uma desonra moralmente praticada frente à sociedade, tendo em vista que, partindo do pressuposto que o valor da vida está intimamente ligado com o princípio da dignidade humana, haveria ocasiões em que a vida materna seria uma forma melhor de se preservar.

Casos em que a mulher foi exposta, por exemplo, a uma violação sexual, na qual agrediu fortemente sua honra subjetiva, violando, contudo, uma parte dessa qualidade intrínseca que norteia o conceito de vida humana. Neste caso o próprio sofrimento exposto a gestante demonstra que a concepção que foi resultada de uma

violação tão grave, não adveio de uma concepção natural, razão pela qual seria inviável punir a gestante por optar em preservar a sua própria vida, pois, aquela criança não teria nenhum anseio por parte de sua progenitora, razão pela qual deveria ser respeitada a preservação e manutenção da vida materna.

Outra exceção estaria no tocante aos casos em que o fruto dessa concepção ocasionasse em um risco muito grande para a vida da própria gestante, dessa maneira, tem-se que a vida iria ser interrompida não de modo natural, como é o normal do transcurso da vida, e, sim, seria ocasionada por um fator que interromperia essa qualidade de valor intrínseco, pois o risco de vida imposto pela sua gravidez estaria rompendo com todos os seus planejamentos e perspectivas já construídas até então, razão pela qual, seria mais incoerente reconhecer que o valor da vida estaria sendo respeitado se não fosse dado à faculdade à gestante de realizar o aborto nestes casos.

Partindo pelo ponto de vista pessoal, salvo as duas exceções mencionadas, não se pode permitir que a continuidade da vida esteja sempre a cargo de uma faculdade dada a gestante para decidir sobre a vida, como se esta fosse uma obrigação ou um objeto, fruto de um contrato ou alguma forma de condição que temos enquanto sujeitos de direitos, o valor da vida está muito mais acima desse entendimento, pois viver é uma condição imposta a todos sem distinção, o direito a vida é algo dado a todos os seres vivos, não apenas humanos, razão pela qual o próprio ordenamento jurídico pátrio reconheceu a vida como algo inviolável e intrínseco, algo que deva ser tutelado da maneira mais fiel possível, pois todos nós uma vez concebidos, temos o direito constitucional de seguir o transcurso normal da vida, qual seja, nascer, crescer, desenvolver até vier o momento da morte, de forma espontânea e natural.

No entanto, a partir do marco teórico apresentado, tal entendimento não merece prevalecer, pois a partir das ideias de Dworkin, respeitando os valores intrínsecos que a vida contém, mas também analisando o papel do Estado Brasileiro como um todo, ou seja, como um garantidor de direitos fundamentais e em busca cada dia mais de uma igualdade de direitos e diferenças, tem-se com isso que o Papel do Estado no tocante à descriminalização do aborto seria oferecer meios, com

políticas públicas melhores para poder amparar os direitos das mulheres em realizar o aborto.

Pelo exposto, embora a vida tenha sim um valor intrínseco e inviolável, deve o Estado respeitar todas as diferenças existentes no meio social para se garantir o igual direito a todos independentemente de raça, cor, etnia ou principalmente religião, previsto pela Constituição Federal e a partir desse pressuposto, oferecer melhores investimentos em políticas públicas, com amparo na saúde pública, com oferecimento de leitos para que se possa propiciar a gestante todo um ambiente seguro para que a mulher possa, como um sujeito de direito, decidir sobre a realização do aborto, impedindo assim que várias mulheres busquem meios alternativos e ilegais para realizar o aborto, colocando em risco não só a sua própria vida, como também a vida do embrião que ali se encontra, violando completamente os valores sagrados e intrínsecos contidos na vida.

CONCLUSÃO

No desenvolvimento do presente trabalho, buscou-se demonstrar o quando o debate acerca da descriminalização é polêmico e divide opiniões de religiosos, leigos e principalmente juristas que se divergem nas mais variadas doutrinas a respeito do presente tema.

O conceito de aborto tem muitos significados que podem interferir de maneiras diferentes de acordo com o ordenamento jurídico a que estará relacionado, sendo que será legislado de modo diferente em cada país que legislar sobre o tema, mostrando que quando se trata de aborto, existe um amplo debate que envolve variados princípios e direitos fundamentais previstos pela Constituição de cada país.

Para se entender sobre a possibilidade do aborto, seria necessário verificar o conceito de vida, qual a importância da vida para o ordenamento jurídico, sendo estudado que a vida como um todo, não apenas a vida humana, teria um valor intrínseco.

Esse valor intrínseco na qual a vida é a principal protagonista, traz em seu bojo um aspecto inviolável, na qual não poderia ser tocada e muito menos interrompida sem ser de forma natural, pois para muitos, inclusive cristãos e maior parte da doutrina, considera a vida como um valor intrínseco.

No entanto, não foi assim que a Suprema Corte Americana se posicionou quando julgou o emblemático caso Roe X Wade, pelo contrário, julgou que o feto não poderia ser reconhecido enquanto pessoa humana, e com base no princípio da privacidade do cidadão americano, fruto de uma emenda realizada na constituição, na qual entrega a gestante a autonomia de poder privar de seu próprio corpo para decidir sobre a continuidade de sua gestação, pois não caberia ao Estado interferir na privacidade da mulher quando o assunto fosse relacionado ao tema em tela.

Puxando como base o fundamento supramencionado, chegou a se elaborado Projeto de Lei visando a legalização da conduta prevista no art. 124 do Código Penal sob a justificativa de que deveria se respeitar os direitos humanos da mulher.

No entanto, tem-se que no primeiro caso, existe os efeitos daquela decisão vigorando até nos dias atuais, visando claramente tentar salvaguardar a vida da gestante, ignorando, assim que o embrião tem todo o direito à vida.

Já no segundo caso, onde se tentou aplicar os mesmos fundamentos entendidos pela Suprema Corte Americana, foi arquivado no ano de 2011 e um dos grandes responsáveis para que isso ocorresse foi exatamente o modelo jurídico completamente diferente do nosso ordenamento jurídico, tendo em vista que o sistema americano tem suas decisões pautadas com base no direito inglês, na *common law*, enquanto no Brasil, o modelo adotado é o *civil law*, decidindo suas implicações levando em consideração tão somente naquilo que estava previsto na lei.

Assim, mostrou-se que a vida tem um grande valor intrínseco, inviolável que se sobressai a qualquer modo de vida, razão pela qual não deveria a mulher ter o direito de privacidade para poder dispor do próprio corpo e violar de forma brutal o valor sagrado adquirido pela fecundação do feto na gestante.

O argumento mais válido para essa corrente, defende que a mulher deveria ter o direito de escolha para privar e interromper a sua gestação visando salvaguardar a vida da própria gestante, pois buscou-se a redução no número de abortos clandestinos e ilegais utilizados nos EUA, porém, pesquisa levantada no ano de 2008 mostrou que o número de abortos legais, ou seja, permitido pelo Estado e que dão inclusive a garantia da gestante ter liberdade na hora de decidir sobre a prática do aborto até a 22ª semana de gestação.

No entanto, a mesma pesquisa mostrou que o número de abortos realizados sem o acompanhamento médico e por vezes ministrados medicamentos sem a devida prescrição, teria aumentado cerca de 13% da média nacional, mostrando que de uma certa maneira a sua disposição perdeu o sentido legal pois as gestantes não estão procurando o sistema público de saúde para realizar o aborto.

Além de mostrar que a vida tem um valor sagrado, na qual não deve ser violada, sendo sim o embrião sujeito de direitos plenamente capaz de gozar de certas prerrogativas que a Constituição já lhe garante, a principal delas está o direito à vida, na qual está diretamente vinculado ao direito fundamental previsto pelo art. 5º da Carta Magna, qual seja o princípio da dignidade humana.

Portanto, se o objetivo para a legalização do aborto seria para evitar a mortalidade das gestantes para que estas, quando optarem pela prática tenham um atendimento seguro realizado pelo serviço de saúde pública, sendo este entendimento desconstruído através de vários motivos, dentre os quais, o princípio da dignidade humana, que busca tutelar o direito à vida, incluindo a do nascituro.

Isso tudo, porque mesmo com a legalização do aborto feita pelos estados unidos, o numero de gestante que praticam a conduta por meio de medicamentos ilegais e sem acompanhamento médico, acaba por colocar ainda mais em risco não apenas a vida intrauterina como a vida da gestante.

Razão pela qual, em virtude de reconhecer que a vida tem um valor intrínseco, e dessa forma não poderia ser violado de modo algum, inclusive para se manter um equilíbrio e uma conduta moralmente aceita na sociedade, buscando tutelar todo o tipo de vida humana, abarcando tanto a vida do embrião, como a vida da gestante.

Contudo, existem apenas duas exceções ao aspecto inviolável da vida no que concerne ao fruto de uma concepção realizada de modo violento ou quando da gestação, esta resulte em um alto risco a vida da gestante. Nesses casos, há de ser realizar um juízo de valor para se buscar compreender qual a vida que estaria sendo mais violada, sempre atentando-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo neste casos dado a gestante a faculdade, não a obrigação e nem a legalização de realizar a prática do aborto, desde que atestado por médico a sua necessidade, pois nestes casos, estaria frustrado de modo muito mais grave os anseios realizados na vida pela gestante, bem como seus planos e toda a sua trajetória percorrida.

Por todo exposto, o presente trabalho acadêmico buscou da melhor maneira possível colocar os pontos mais relevantes referentes à discussão a respeito do aborto, procurando demonstrar a importância da vida como um valor sagrado, um valor inviolável, que ajudou a demonstrar que se fosse permitido a descriminalização do aborto no Brasil, não resolveria o problema da mortalidade por gestantes que se submetem a medicamentos e clínicas irregulares, o que deve ser feito para se garantir uma maior efetividade e respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, e assim, a preservação da vida como algo inviolável, seria aumentar o poder de fiscalização nas clínicas clandestinas, que nos dias atuais praticamente não existem mais, além do que os medicamentos só estão à venda sob prescrição médica, medidas que sem dúvidas afastaram a ideia de que a vida materna tivesse mais valor que a vida intrauterina, como fez os EUA ao admitir que o embrião antes de seu nascimento e até a 22^o semana, não seria uma pessoa plenamente formada, razão pelo qual não poderia ter o direito à vida.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Controle de Constitucionalidade: Evolução brasileira determinada pela falta do *stare decisis***.

BELO, Warley Rodrigues. **Aborto**: considerações jurídicas e aspectos correlatos. Belo Horizonte. Del Rey, 1999.

Bertagnolli, Ilana. **Roe V. Wade, Planned Parenthood v. Casey e Gonzales V. Carhat: Uma análise da evolução dos precedentes norte-americanos sobre a questão do aborto**. ORBIS: Revista Científica. V.2, nº3, pags. 03-07. ISSN: 2178-4809 Latindex Folio 19391

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito Penal, parte especial: dos crimes contra a pessoa**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRUNO, Aníbal. **Crimes contra a pessoa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

Disponível em: <

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/finhadetramitação?idProposição=16299>>
acesso em 26 em setembro

Disponível em: < <http://www.guttmacher.org/media/nr/2014/02/03/index.html> >
acesso em 26 de setembro de 2014.

Disponível em: <<http://www.significados.com.br/vida/>>. Acesso em 30 de abril 2014.

DWORKIN RONALD. **Domínio da vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo. Martins Fontes, 2003.

HOEPPNER, Marcos Garcia. **Minidicionário jurídico**. São Paulo: Ícone, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal, volume 2: parte especial, artigo 121 a 234 do Código Penal**. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial- artigos 121 a 249..** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dos Direitos e Garantias Fundamentais**. In: LEONEY, Léo Ferreira (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo. Saraiva, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo. Malheiros. 2010.